

**‡ ANAYASA HUKUKU AÇISINDAN ZORUNLU AŞI  
-VAVŘIČKA KARARININ ÖĞRETTİKLERİ-  
(MANDATORY VACCINATION IN TERMS OF CONSTITUTIONAL LAW  
-THE LESSON LEARNED FROM VAVŘIČKA CASE-)**

**Prof. Dr. Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk \* \*\***

**ÖZ**

*Zorunlu aşı tartışmaları, kovid 19 pandemisi sürecinde, farklı görüşlerin daha güçlü olarak ifade edildiği biçimiyle tekrar gündeme gelmiştir. Bu kapsamda İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin (İHAM) Vavřička kararını incelemek zorunlu aşının hukuki rejimini değerlendirmek bakımından yararlı olacaktır. Türk Anayasa Mahkemesinin aşı konusundaki bazı kararları da bu tartışmaya fayda sağlayacaktır. Bu makalede Vavřička kararı kapsamında, zorunlu aşı, vicdani red ve bu bağlamda özgürlüklerin güvenceleri değerlendirilmektedir.*

**Anahtar Kelimeler:** *Vicdani red, zorunlu aşı, özgürlüklerin sınırlanması ve güvenceleri*

**ABSTRACT**

*Compulsory vaccination discussions have come forward again, during the Covid-19 pandemic, with different views being expressed more strongly. In this context, it will be useful to examine the Vavřička decision of the European Court of Human Rights (ECHR) in terms of evaluating the legal regime of compulsory vaccination. Some decisions of the Turkish Constitutional Court on vaccines will also contribute to this discussion. In this article, compulsory vaccination and the assurance of freedoms will be evaluated within the scope of the Vavřička decision*

**Keywords:** *Conscientious objection, compulsory vaccination, restrictions and guarantees of freedoms*

\*\*\*

---

‡ Eserin Dergimize geliş tarihi: 25.04.2022. İlk hakem raporu tarihi: 28.04.2022. İkinci hakem raporu tarihi: 05.05.2022. Onaylanma Tarihi: 05.05.2022.

\* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı & Yeditepe Üniversitesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı.

\*\* Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-8764-0884.

**Esere Atıf Şekli:** Sultan Tahmazođlu Üzeltürk, “Anayasa Hukuku Açısından Zorunlu Aşı - Vavřička Kararının Öğrettikleri-”, YÜHFD, C.XIX, 2022/Özel Sayı, s.467-520.

## I-GENEL OLARAK

Zorunlu aşı kavramı pandemi sürecinin getirdiği ortamda yeni olmayan bir tartışmayı yeniden alevlendirmiştir. Özellikle ortamın sıcak atmosferinde aşı karşıtları ve karşıtlara karşı olanlar; kovid aşısı zorunluluğu getiren ve getirmeyenler gibi farklı çatışmalar, bu konuda ölçülü olanlar ve olmayanlar zaman zaman toplumsal gerilime yol açmıştır. O kadar ki aşı karşıtı olan hekimler hakkında soruşturma açılması<sup>1</sup>, aşı olmayanlar hakkında hapis cezası öngörülmesi<sup>2</sup>, aşı olmaktansa ölmeyi, “kafasına sıkmayı” tercih edeceğini ifade edenler<sup>3</sup> gibi örnekler her coğrafyada kendisini göstermiştir.

Bu çalışmada zorunlu aşının reddi konusunda İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin Vavříčka kararı eksen alınarak anayasa hukuku açısından zorunlu aşıya ilişkin karşılıklı argümanlar tartışılmaya çalışılacaktır.

Pandemi ile yeniden alevlenen bu eski tartışma anayasa hukuku bakımından nasıl değerlendirilebilir? Topyekün kabul veya topyekün redlere dalmadan sorunu objektif olarak irdelemek anayasa hukukunun hedeflerinden biri olan “toplumsal barışa” da hizmet edecektir<sup>4</sup>.

### a-Aşı

Aşının sözlük anlamı, “birtakım hastalıklara karşı bağışıklık sağlamak için vücuda verilen, o hastalığın mikrobuyla hazırlanmış eriyik” olarak ifade edilmektedir<sup>5</sup>. Aşının hukuku ilgilendiren boyutu bireyin vücuduna bir maddenin enjekte edilerek vücut bütünlüğünün bozulması olarak ifade

<sup>1</sup> Aşı karşıtı yirmiden fazla hekim hakkında TTB soruşturma başlattı. <https://www.gazeteduvar.com.tr/asi-karsiti-20den-fazla-hekim-hakkinda-ttb-sorusturma-baslatti-haber-1530900>, erişim tarihi 24.9.2021. Aşı karşıtı hekime bir ay meslekten men cezası. <https://www.indyrturk.com/node/414646/haber/ttb-a-C5%9F%C4%B1-kar-C5%9F%C4%B1t-C4%B1-doktor-%C3%BCmit-akta-C5%9Fa-1-ay-meslekten-al-C4%B1koyma-cezas-C4%B1-verdi>, erişim tarihi 24.9.2021. Aşı karşıtı diş hekimi beş ay meslekten men edildi, <https://www.gundemsaglik.net/asi-karsiti-doktor-meslekten-men-edildi/> erişim tarihi 24.9.2021

<sup>2</sup> Koronavirüs aşısı olmayanlara hapis cezası gelebilir! 5 yıldan 30 yıla kadar, <https://www.cumhuriyet.com.tr/haber/koronavirus-asisi-olmayanlara-hapis-cezasi-gelebilir-5-yildan-30-yila-kadar-1850470>, erişim tarihi 24.9.2021. Aşı olmayana hapis cezası! Yeni tip koronavirüs (Kovid-19) salgını ile zorlu bir mücadele veren Asya ülkelerinden Filipinler'in Devlet Başkanı Rodrigo Duterte, virüse karşı aşı olmayı reddeden kişileri hapse atmakla tehdit etti. <https://www.megahaber27.com/asi-olmayana-hapis-cezasi/106254/> erişim tarihi 24.9.2021.

<sup>3</sup> Stoa Bükreş(FCSB) futbol klübünün sahibi Gigi Becali” aşı olacağıma kafama sıkırım, bu klüpte aşıya yer yok” diyor. Cumhuriyet haber, 16 Ekim 2021.

<sup>4</sup>“ Aşı karşıtları İstanbul Maltepe'de protesto gösterisi düzenledi”, <https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-58532056>, erişim tarihi 24.9.2021

<sup>5</sup> <https://sozluk.gov.tr/> erişim tarihi, 24.5.2021.

edilebilir. Vücuda enjekte edilen kimyasal sebebiyle yaşamının ve sağlığının tehlikeye girmesi sağlık hakkına, inancına aykırı şekilde işlem yapıldıysa din ve vicdan hürriyetine, özel hayatına, bu verileri açıklama zorunluluğu sözkonusu ise kişisel verilerine, aşı olmadığı için çalışma veya eğitim olanağı engellendiyse çalışma özgürlüğü ve eğitim hakkına seyahati engellendiyse seyahat hürriyetine müdahaleler söz konusu olacaktır. Üstelik bu müdahaleler daha farklı biçimlerde de karşımıza çıkabilir.

Tüm bu müdahaleler bireyin rızası hilafına yapılıyor ve doğrudan zorla enjeksiyon yapılıyorsa cebir suçuna<sup>6</sup> yol açacak, bireyin rızası hilafına yapılıyorsa özerkliğine kendi geleceğini belirleme hakkına, müdahale ile karşımıza çıkacaktır. Ayrıca, aşılamanın çocuk üzerinde uygulanmak istenmesi halinde ebeveyn hakları ve sınırları ve çocuğun üstün yararı kavramı tartışma konusu yapılabilecektir.

Görüldüğü üzere ilk bakışta basit gibi görünen aşı son derece karmaşık yapıya sahip bir hak ve hürriyet çerçevesi yaratmaktadır.

### **b-Aşı nasıl zorunlu olur?<sup>7</sup>**

Aşı zorunluluğu temelde “yararlılık” düşüncesini esas alan paternalizmin bir tezahürüdür. Bugün modern hukuk sistemleri ve tıp bilimi paternalist yaklaşımı değil, rıza biçiminde ortaya çıkan bireyin özerkliğini esas almaktadır. Bireyin aydınlatılmış özgür iradesi sonucu ortaya çıkan rıza bireyin vücut bütünlüğüne müdahale etmenin ön şartı olarak karşımıza çıkmaktadır.

<sup>6</sup>R. B. Eрман, Zorunlu Aşı, Ceza Hukuku Derneği Söyleşileri, <https://www.youtube.com/watch?v=0grppYx4roo>, erişim tarihi 24.5.2021.

<sup>7</sup> Zorunlu aşı konusunda m. 5 Ovideo Sözleşmesinin hazırlık sürecinde yaşanan tartışmalar:

“İkinci paragraf söz konusu olduğunda, CDBI gerekçelerden biri olarak "ulusal güvenliği" korumaya karar verdi.

Bu, Sözleşme’de tanınan hakların kısıtlanmasını haklı gösterebilir. Açıklayıcı Rapor şu şekilde alıntı yapacaktır:

silahlı kuvvetler mensuplarının maruz kaldığı bazı zorunlu eylemlere (aşılar gibi) örnekler... Komite bu maddeyi değiştirmeden kabul etmiştir.

Ancak bir uzman, doktorların bazen bir müdahaleyi gerçekleştirmeden önce hastalarına tüm mevcut bilgileri vermediğini gözlemledi. Başka bir uzman, hastaya verilen bilgilerin bazı durumlarda sınırlı olabileceği, ancak bunun rıza şartlarını bozmadığı görüşündeydi.

Bununla birlikte, Komite üyelerinin çoğunluğu, bilgilerin, diğerlerinin yanı sıra, başarısızlık olasılığı da dahil olmak üzere, müdahalenin sonuçlarıyla ilgili olarak mümkün olduğunca kapsamlı olması gerektiği görüşündeydi.

Son olarak, ilgilinin rızası olmaksızın yapılabilecek zorunlu aşılardan 2. maddenin ikinci fıkrasında halk sağlığına yapılan atıf kapsamında ele alındığı görülmüştür.”

Aşının zorunlu olması farklı biçimlerde karşımıza çıkabilir. En katı biçimi aşı olunmadığında bireyin rızası hilafına fiziksel olarak zorla doğrudan aşı yapılmasıdır kuşkusuz.

Ancak uygulamada aşının hukuken zorlayıcı hale getirilmesi farklı biçimlerde karşımıza çıkacaktır. Bunlar arasında belli meslek mensuplarına aşı yapma zorunluluğunun getirilmesi, aşı olmayanların hürriyetinin bağlanması, aşı olmamanın suç olarak düzenlenmesi yer alabileceği gibi okul gibi bazı hizmetlerden yararlandırılmaması, işe giriş gibi bazı hususların engellenmesi hatta işten çıkarma ya da ücretsiz izne çıkarma gibi yöntemlerle karşılaşılabılır. Ayrıca bazen yurda, konsere, sinemaya, stada, restorana AVM ye toplu taşıma gibi ortak alanlara girişin engellenmesi de söz konusu olabilir. Bazen bu süreçte para cezasının öngörülmesi de mümkündür. Bir başka seçenek ise izole etmek, ayrımcı davranmak olabilir. Müdahale son derece farklı ölçü ve çeşitlerde karşımıza çıkabilir.

Bu sebeple aşı karşıtlığının sebeplerinin genel olarak ne/ler olduğunu sıralamak, yani karşı tarafı dinlemekle başlamak doğru olacaktır. Sadece Kovid 19 kapsamında<sup>8</sup> olmamakla beraber aşı karşıtları hangi sebeplere dayanmaktadırlar?

### **c-Aşı neden reddediliyor?**

Yapılan araştırmalar Kovid 19 bakımından en yüksek orandaki red sebebinin hem Kovid 19 un tam olarak bilinmemesi, hem de aşılarına olan güvensizliğin oluşturduğunu göstermektedir. Güvensizlik hem aşı üreten şirketlere, hem de genel olarak aşılarla ilişkin olabilmektedir<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> By The Numbers: Who's Refusing Covid Vaccinations—And Why, <https://www.forbes.com/sites/roberthart/2021/09/05/by-the-numbers-whos-refusing-covid-vaccinations-and-why/?sh=43a3d8a152ea>, erişim tarihi 24.9.2021. Yapılan araştırma cinsiyet farklılığının da aşının reddi konusunda önem taşıdığını göstermektedir. Erkekler kadınlardan daha fazla oranda aşı lanmamayı tercih etmektedirler. ABD örneğinde Cumhuriyetçilerin aşıyı reddetme oranı demokratlardan çok daha fazla görünmektedir. Dini inaçlarında aşı karşıtlığında rol oynadığı görülmektedir. Eyaletlerin ve coğrafyanın aşı karşıtlığında etkili olduğu anketlere yansımaktadır. Bireylerin hangi iş alanında çalıştığı da aşı karşıtlığı açısından anlam taşımaktadır. Tarım işçileri en yüksek oranda aşı karşıtı iken, teknoloji sektöründeki işçiler ve finansal hizmetlerde çalışanlar en yüksek oranda aşıyı kabul edenler arasında yer almaktadır. Bireylerin yoğun olarak hangi televizyon kanalını takip ettikleri de aşı karşıtlığı bakımından anlamlandırılmıştır. MSNBC izleyenler en yüksek aşı kabul oranına sahiptir. Bireylerin eğitim düzeyi de aşı reddi konusunda önem taşımaktadır. Üniversite mezunları arasında aşı red oranı en düşük seviyededir.

<sup>9</sup> Nilsson, Anna. "Is Mandatory Vaccination Against COVID-19 Justifiable Under the European Convention on Human Rights?", GC Human Rights Preparedness, 15 April 2021, <https://gchumanrights.org/preparedness/article-on/is-mandatory-vaccination-against-covid-19/>  
*YÜHFD Cilt: XIX Özel Sayı (2022)*

Aşı reddinde ikinci büyük red sebebi aşuların yan etkisinden kaynaklanan endişelerdir. Aşı reddinde üçüncü yoğun grup, aşının ölümü önlemediğini düşünmektedir. Burada aşının acil onay almasına ilişkin endişeler de dikkate alınmalıdır.

Özellikle kovid aşısının reddinde, aşının DNA yı değiştirdiği, kısırlığa yol açtığı, alerjik reaksiyona yol açtığı iddiaları da yaygındır<sup>10</sup>.

Genel olarak aşı reddinde ise tıbbi, kültürel ve dini nedenlerin etkili olduğu ifade edilmektedir. Özellikle çocuk aşularının otizme yol açtığı iddiası yaygındır<sup>11</sup>.

Aşı konusundaki ticari kaygılar da aşının reddinde önemli bir faktör olarak dikkate değer<sup>12</sup>.

Aşının en yoğun red sebeplerinden biri inançtır. Dinsel temelli olan veya olmayan laik veya laik olmayan sebeplerle aşının reddi ayrı bir değerlendirmeye ihtiyaç duymaktadır.

#### **d-Vicdani Red-İnanç sebebiyle aşının reddi-**

Din ve vicdan hürriyetinin getirdiği güvenceler bir toplumun çoğulcu yapısının temel taşlarından birisidir. Bu sebeple çoğulcu demokrasinin de olmazsa olmaz araçlarından birisidir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi de “düşünce, vicdan ve din özgürlüğü”nü demokratik toplumun çoğulcu

---

[19-justifiable-under-the-european-convention-on-human-rights.html](https://www.cumhuriyet.com.tr/turkiye/gelen-tepkilerin-ardindan-fatih-erbakandan-bir-asi-aciklamasi-daha-1869922), erişim tarihi 15.10.2021

<sup>10</sup> Fatih Erbakan: “mRNA demek insanın hücre çekirdeğine girmek demektir. Yarı insan yarı maymun çocuklar doğurmasına sebep olabilirsiniz. 3 kulaklı 5 gözlü yaratıklar doğmasına yol açabilir”, açıklamasının ardından başka bir yazılı açıklamada bulunmuştur: “**Ancak gereksiz aşılama taraftarı da değiliz. mRNA aşularını son derece riskli görüyoruz ve halkımıza, hele hele çocuklarımıza uygulanmasını asla doğru bulmuyoruz. Türk aşısı dahil olmak üzere, faz ve ruhsat aşamaları bitmemiş hiçbir aşının uygulanmasını da doğru bulmuyoruz. Ancak bir kimse işinden ekmeğinden olmakla karşı karşıya kalıp, mecburen bir aşı olmak durumundaysa veya aşı olmadan eğitimine devam edemediği için aşı olmaya mecbur kalıyorsa; bu durumda mRNA aşularını değil, 'ehven-i şer' olarak inaktif, geleneksel aşuları tercih etmelidir görüşündeyiz**”<https://www.cumhuriyet.com.tr/turkiye/gelen-tepkilerin-ardindan-fatih-erbakandan-bir-asi-aciklamasi-daha-1869922>, erişim tarihi 24.9.2021.

<sup>11</sup> Türkiye'de aşı karşıtlığı artıyor, <https://www.dw.com/tr/t%C3%BCrkiyede-a%C5%9F%C4%B1-kar%C5%9F%C4%B1tl%C4%B1%C4%9F%C4%B1-art%C4%B1yor/a-43363918>, erişim tarihi 24. 9.2021.

<sup>12</sup> <https://asi.saglik.gov.tr/genel-bilgiler/33-asinin-tarihcesi>, erişim tarihi, 7.10.2021. Aşı üretimi hem Osmanlıda hem de cumhuriyet tarihinde önemli ve başarılı bir süreç yaşamıştır. 1996 da aşı üretiminin kesilmesi, aşuların satın alınmasının tercih edilmesi, ardından alım garantileri verilerek aşuların satın alınması süreci bireylerde kaygı yaratan gelişmeler olarak zikredilebilir.

temellerinden biri olarak algılanmakta ve “ateistler, agnostikler, kuşkucular ve konuyla ilgilenmeyenler” bakımından da değerli bir kazanım olarak nitelendirilmektedir<sup>13</sup>.

“Bir kişi veya grubun vicdandan kaynaklanan üstün gereklilik adına kanuni yükümlülüklerini yerine getirmekten bilinçli olarak kaçınması<sup>14</sup>” vicdani red olarak ifade edilmektedir. Aşılmanın zorunlu olması halinde vicdani sebeplerle reddi “vicdani red” kapsamında ifade edilecektir<sup>15</sup>. Yaygın olarak askerliğin inanca dayalı olarak reddedilmesi olarak kabul edilen vicdani red hakkı, her zaman dini veya vicdani saiklere dayanmamaktadır. Bireyler kendilerince haklı olduğunu düşündükleri dini, felsefi, siyasi, ahlaki sebeplerle<sup>16</sup> de bir yükümlülüğü reddettiğinde bu kavram genel olarak “vicdani red” olarak nitelendirilmektedir. Vicdani red hakkı aynı zamanda demokratik sistemlerin belirleyici özelliklerinden biri olan uzlaşma yönünde her türlü müzakereyi dışlayan bir “çatışma çözme tekniği” olarak da nitelendirilmiştir<sup>17</sup>.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, "conviction" kavramının basit kanaat ve fikirlerden ayrıldığına ve "belli derecede gücü, ciddiyeti, önemi ve uyumu " yansıtan görüşleri ifade ettiğini ve dinsel veya felsefi olabileceklerini belirtmektedir<sup>18</sup>. İHAM veya ulusal makamların dinin ve inancın ne olduğuna karar verme yetkisinin olması hak ihlallerine yol açma potansiyeli taşımaktadır. Ancak, bazı inançlar bakımından tereddüt yaşanması da anlaşılabilir. Örneğin Kopimizm<sup>19</sup>,in veya Pastafaryizm<sup>20</sup> in din olup olmadığı bile yargı kararlarına konu olabilmektedir. Bu sebeple

<sup>13</sup> Kokkinakis v. Greece, 25 May 1993, pg. 31.

<sup>14</sup> A. E: Öktem, **Uluslararası Hukukta İnanç Özgürlüğü**, Ekim 2001, Doktora Tezi, s.283.

<sup>15</sup> Steve Clarke, Alberto Giubilini, Mary Jean Walker, Conscientious Objection to Vaccination, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5324623/> erişim tarihi, 27.9.2021.

<sup>16</sup> <http://www.bianet.org/2003/05/14/19017.htm>

<sup>17</sup> A. E: Öktem, **Uluslararası Hukukta İnanç Özgürlüğü**,s.283.

<sup>18</sup> Campbell and Cosans v. UK. A 48, pg. 36. (1982). Anayasa Mahkemesinin de bu arada Semavi olan ve olmayan dinler arasında dini tahkir sebebiyle cezaların farklı olmasından dolayı verdiği ve semavi olmayan dinleri de Anayasa koruması altında gördüğü kararını hatırlatmak gerekir.

<sup>19</sup> Kopimizm, internette dosya paylaşımı dini olarak ifade edilmektedir. Kilise kurucusu Isak Gearson dur. Liderleri Webrazzi'dir. Tanrısı olmayan dinin kutsal sembolleri CTRL+C ve CTRL+V dir.

<sup>20</sup> Uçan Spagetti Canavarı Kilisesi mensuplarıdır. Lideri Mienke Wilde dir. Resmi fotoğraflarda makarna süzgeci ile poz verme talepleri reddedilmiştir. Hollanda mahkemeleri Pastafaryizm in din olmadığına karar vermiştir.

inancın ne olduğundan ziyade, inancın “samimiyeti” testinin daha özgürlükçü bir yaklaşım olacağı söylenebilir.

Bireylerin belli bir yükümlülüğü reddetmesi örnekleri çok farklı biçimlerde ortaya çıkabilmektedir. Bunun en yaygın örneğine askerlik hizmetinin reddi konusunda rastlanmaktadır. Hatta vicdani red kavramı askerlik hizmetinin reddi ile özdeşleşmiş ve sadece onu karşılar biçimde yaygın olarak kullanılmaktadır. Ancak bunun yanında okullarda din dersinin, yoga eğitiminin ya da cinsel eğitim dersinin reddi, belli alanlarda vergi ödemeyi red, doğum kontrol hapı vermenin, aşılmanın, kürtaj operasyonuna tıbbi yardım vermenin, motosiklet kullanırken kask kullanmanın reddedilmesi gibi çok geniş bir alanda bireylerin yükümlülük ve ödevleri reddettiği örnekler görülmektedir<sup>21</sup>.

Dini veya dini olmayan inançlar temelinde zorunlu aşı da bu başlık altında tartışılması gereken konulardan biridir ve tartışılmaktadır. Aşı bağlamında vicdani reddin lehinde ve aleyhinde argümanlar üretilmiştir. Vicdani reddin aşı için de uygulanmasına karşı olanların kullandığı iki argüman not edilebilir: İlki askerlik sebebiyle vicdani reddin toplum tarafından kabulünü ve etkisini azaltma riski oluşturması; diğeri ise askerlik sebebiyle vicdani reddin karşılığı olarak gerçekleştirilen toplumsal yükümlüğünün aşı sürecinde bulunmamasıdır<sup>22</sup>. Bazı örneklerde vicdani red

<sup>21</sup> D. McConnell, *Conscientious Objection in Health Care: Pinning down the Reasonability View*, *The Journal of Medicine and Philosophy: A Forum for Bioethics and Philosophy of Medicine*, Volume 46, Issue 1, February 2021, Pages 37–57, <https://doi.org/10.1093/jmp/jhaa029>, <https://academic.oup.com/jmp/article/46/1/37/6054702>, erişim tarihi 24. 9. 2021. Farklı örnekler için bkz. <https://www.historyofvaccines.org/index.php/content/articles/scientific-method-vaccine-history>, erişim tarihi 25.5.2021. Ayrıca, bkz. S.T. Üzeltürk, *Vicdani Sebeplerle Askerliğin Reddi Hakkı*, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Erdoğan Teziç'e Armağan.

<sup>22</sup> Steve Clarke, Alberto Giubilini and Mary Jean Walker, *Conscientious Objection to Vaccination* *Bioethics* ISSN 0269-9702 (print); 1467-8519 (online) doi:10.1111/bioe.12326 Volume 31 Number 3 2017 pp 155–161, file:///C:/Users/Sultan/Downloads/Conscientious\_Objection\_to\_Vaccination.pdf, erişim tarihi 27.9.2021. Ayrıca bkz. [Eula Biss-Mavis Biss](https://www.theatlantic.com/family/archive/2019/07/anti-vaxxers-conscience-morals/594646/), *Are Anti-vaxxers Conscientious Objectors?*, <https://www.theatlantic.com/family/archive/2019/07/anti-vaxxers-conscience-morals/594646/>, erişim tarihi 27.9.2021. Isabelle Dumont, *Jocelyn Maclure, Secular and Religious Reasons for Conscientious Objection*, 2021, Vicdani reddin seccüler sebeplerle yaygınlaştırılmasının askeri alanda vicdani redde ilişkin desteği azaltabileceği kaygısı için bkz. [Morten Magelssen, Nhat Quang Le, Magne Supphellen](https://www.yuhfd.org/), *Secularity, Abortion, Assisted Dying and the Future of Conscientious Objection: Modelling* *YUHFD Vol. XIX Special Issue (2022)*

talebinde bulunanlardan toplumsal hizmet istenmediği de bu bağlamda hatırlanmalıdır. Bazı yazarlar bu alanda vergi türü bazı toplumsal yükümlülükler ve katkı yükümlülüğünün getirilebileceğini ileri sürmektedirler<sup>23</sup>. Vicdani red hakkını kabul eden devletin normal askerlik hizmetinden daha uzun bir süre için farklı bir hizmet öngörmesi de 14. maddenin ihlali olarak kabul edilmemiştir<sup>24</sup>. Bazı dini gruplar için farklı hizmet yükümlülüğünün dahi kaldırılması (İsveç’de yehova şahitleri için ne askerlik hizmeti, ne de alternatif hizmet yükümlülüğü vardır. Ancak bu sadece yehova şahitleri için geçerlidir) karşısında başkalarının Sözleşmenin 14. Maddesinden kaynaklanan haklarının ihlal edilmediğine karar vermiştir<sup>25</sup>.

### **e-Vicdani Red Konusunda Çek Ulusal Mahkemelerinin Yorumu:**

Vavrička davası henüz Çek iç hukuk sürecindeyken de vicdani red sorunu gündeme getirilmiştir.

the Relationship Between Attitudes, <https://bmcmedethics.biomedcentral.com/articles/10.1186/s12910-019-0408-4>, erişim tarihi, 27.9.2021. Aşı konusunda vicdani red form örneği için bkz. Minnesota Conscientious Exemption to Vaccination, <https://vaccinesafetycouncilminnesota.org/wp-content/uploads/2016/09/MinnesotaExemption.pdf>, erişim tarihi 27.9.2021. : “VR(vicdani red) ile askerlik ve VR ile aşı arasındaki analogiyi incelememiz, başladığımız iki soruyu yanıtlamak için yararlıdır: insanların aşıya vicdanen itiraz etme hakkına sahip olup olmadığı; ve aşılama için VR'nin hangi kısıtlamalara veya gereksinimlere tabi olması gerektiği. İkinci soruyla ilgili olarak, ahlaki değerlendirmelere ve askerlik hizmetini çevreleyen politikanın analizine dayanarak, vicdani retçilerin itirazları kamu yararına katkıda bulunma görevini yerine getirmelerini engellediğinde iki yükümlülüğü olduğunu savunduk. Bunlar, itirazlarının samimiyetini gösterme, topluma orantılı katkı sağlama yükümlülüğüdür. Başka bir görevin yerine getirilmesi için bir gereklilik getirilmesi, çoğu durumda samimiyetin bir göstergesi olarak işlev görecektir, böylece her iki yükümlülüğü de yerine getirecek ve politikanın, samimiyetin doğrulanmasıyla ilgili zorlukların üstesinden gelmesine olanak tanıyacaktır. Aşılama durumunda, topluma orantılı bir katkı olmamasına rağmen, retçilerin devlete maddi bir katkı yaparak (ceza veya yardıma erişim eksikliği yoluyla) bu görevi yerine getirebileceklerini savunduk. itirazlarının topluma yüklediği risk derecesi. Risk derecesi, potansiyel zararların ciddiyetini ve olasılığını içerdiğinden, aşılama riskinin hesaplanması, ilgili topluluktaki mevcut aşı kapsamı seviyelerine atıfta bulunacaktır. Böyle bir sistemde, genel aşı kapsamı azaldıkça, aşı yapmayanların ihtiyaç duyduğu mali katkı artacaktır. Bulaşma riski çok önemli olduğunda ve hastalık yeterince şiddetli olduğunda, bu sistem hemen hemen herkesin karşılayamayacağı kadar külfetli bir mali tazminat anlamına gelecektir.”

<sup>23</sup> Steve Clarke, Alberto Giubilini, Mary Jean Walke, Conscientious Objection to Vaccination, <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/bioe.12326>, erişim tarihi 19.10.2021

<sup>24</sup> Autio v. Finland, (17086/90), DR. 72, s. 245, (1991).

<sup>25</sup> N. v. Sweden, (10410/83), DR. 40, s. 203.(1984).



Çek Anayasa Mahkemesine göre özetle, zorunlu aşılama, demokratik bir toplumda kamu güvenliğinin, sağlığının ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için açıkça gerekli bir önlem olduğundan, ilke olarak, birinin dinini veya inançlarını özgürce açıklama temel hakkının kabul edilebilir bir sınırlaması anlamına geliyordu. Ancak, bu sınırlamanın anayasal gerekliliklere uygun yorumlanması için, bu kişinin direncinin bireysel yönleri veya motivasyonları ne olursa olsun, herhangi bir kişi için aşı yükümlülüğünün koşulsuz olarak uygulanmasını gerektiremez. Çek Anayasa Mahkemesi yapılan başvuruda “laik vicdani red” iddialarını şu testi yaparak değerlendirmiştir:

- (1) vicdani redde yer alan iddiaların anayasaya uygunluğu;
- (2) temel hürriyet sahibinin itirazını desteklemek için ileri sürdüğü gerekçelerin önemi;
- (3) o kişinin iddiasının tutarlılığı ve ikna ediciliği;
- (4) laik bir vicdani red hakkının kabul edilmesinin belirli bir durumda sahip olabileceği sosyal etki.

Zorunlu aşı sebebiyle laik vicdani red talebinde bulunanlar zorunlu aşının bireyin vücut bütünlüğüne müdahale olması yanında, ebeveynin çocukları üzerindeki haklarına da müdahale ettiğini ifade etmekteydiler. Anayasa Mahkemesi yukarıdaki testi somut olayda şu şekilde uygulamıştır: İlk olarak, tüm temel haklar arasında optimal dengenin bulunması gerekmektedir. Bu durumda yukarıdaki ilk sorunun yanıtı olumludur. İkinci olarak, zorunlu aşılama karşı vicdani reddin altında yatan nedenlerin önemi dikkate alınmalıdır. Anayasa Mahkemesine göre bu sebepler doğası gereği öznelidir. Ancak Anayasa Mahkemesi bir kişinin sağlığına dönülmez zararlar verme inancının da potansiyel olarak bulunduğunu tespit etmektedir. Çocuklarının yasal temsilcisi olarak başvuru sahiplerinin aşılama kaçınma konusunda menfaatlerinin varlığı Anayasa Mahkemesi tarafından teslim edilmiştir. Yani testteki 2. sorunun yanıtı da olumludur.

Anayasa Mahkemesine göre, laik bir vicdani reddin temelinde yatan iddiaların inandırıcı ve tutarlı karakteri ad personam olarak değerlendirilmelidir ve nesnel doğruluk testine tabi tutulamaz; bu iddiaların içeriği, değerlere dayalı bir unsurdan yoksun olmamalı veya sosyal çevreyle güçlü bir şekilde çelişmemeli, her şeyden önce bu iddialarda bulunan ve ona en yakın olanlarla bir araya gelmelidir. Ancak somut olayda başvuru sahibi vicdani red iddiasını yargılamanın son aşamasında dile getirmiştir. Anayasa Mahkemesi kişinin vicdanının dışavurumunda belirsizlik olmaması gerektiğini ifade etmiştir. Bu testin bir tür “inancın samimiyeti” testi olduğu söylenebilir. Bu sebeple testin 3. sorusunun yanıtı olumlu değildir.

Nihayet laik vicdani reddin toplumsal etkisi de dikkate alınmalıdır. Somut olayda bunun anlamı, aşılamanın istenilen seviyede gerçekleştirilmesi gereğinin hesaba katılmasıdır. Bu tür istisnaların kural haline gelmesine izin verecek sonuçlara yol açılmamlıdır. Anayasa Mahkemesi laik bir devlette vicdani reddin laik olup olmamasına farklı sonuçlar bağlanmaması gerektiğini de belirtmektedir.

Sonuç olarak Çek Anayasa Mahkemesine göre; din ve inanç temelinde talep edilen vicdani red hakkı bağlamında zorunlu aşının reddi, güçlü sebeplere dayanan ve sınırlı olarak algılanan bir istisna olarak kalmalı, belirli bir dine inanan veya belirli bir inancı savunan bir grup kişiye otomatik olarak verilen bir muafiyet olmamalıdır. Bu sonuç, laik bir vicdani red itirazının ileri sürüldüğü durumlarda da aynı kuvvetle geçerlidir. Bir yasal görevden muafiyet aşu yükümlülüğüne tabi olan kişi veya bu kişiyle yakından bağlantılı kişiler (o kişi, o kişinin çocuğu vb. ) açısından ve ancak istisnai durumlarda kabul edilebilir. Aksi düşünce Anayasa Mahkemesine göre zorunlu aşılamanın halk sağlığının korunmasına hizmet ettiği gerçeği ile çelişmektedir<sup>26</sup>.

Vicdani red tartışması İHAM önünde de dikkate alınmıştır.

#### **f- Vavşicka ve Diğerleri Kararında Vicdai Red Tartışması<sup>27</sup>- “Ebeveyn Vicdani”**

Başvurucular davada din ve vicdan hürriyetinin de ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. Hükümet ise bu iddia karşısında “başvurucuların gerekçelerinin esas olarak sağlıkla ilgili olduğu, din ve vicdan hürriyeti bakımından bir temeli bulunmadığını ve ayrıca tedbirlerin herkese genel ve tarafsız şekilde uygulandığını” ileri sürmektedir.

Başvurucular iddialarında ebeveynlerin aşının insan sağlığına zarar verdiğini düşündükleri için çocuklarına vicdanen aşu yapılmasını istememelerinin de bir inanç olduğunu belirtmişler ve “**ebeveyn vicdani**” kavramını kullanmışlardır.

<sup>26</sup> Aynı değerlendirme Yüksek idare Mahkemesinde de yapılmıştır: Yüksek İdare Mahkemesi Başvurucunun dini ve felsefi inançlarının korunmasına yargılamanın son aşamasına kadar dayanmadığını, ancak sonunda söz konusu inancı açıklamasına rağmen dinine ve aşılamanın neden olduğu potansiyel müdahalenin derecesine ilişkin herhangi bir somut argüman ileri sürmediğini ve bu nedenle halk sağlığının korunmasına yönelik menfaatin başvurunun dinini veya inançlarını açıklama hakkından daha ağır bastığını ifade etmiş ve davayı reddetmiştir.

<sup>27</sup>Vavşicka ve Diğerleri / Çek Cumhuriyeti, 47621/13 sayılı başvurular ve diğer beş başvuru, 8 Nisan 202, Büyük Daire.

Davada Fransız temsilci kuralın herkese tarafsız ve nötr olarak uygulanması sebebiyle din ve vicdan hürriyetinin ihlalinin olmadığını belirtirken, Alman temsilci, aşı zorunluluğunun 9. Madde ihlali oluşturup oluşturmadığı konusunda şüphe duymaktadır. Söz konusu hükmün her türlü inanç ve düşünceyi korumadığını ve aşı karşıtlığının da çoğunlukla inandırıcılık, ciddiyet, tutarlılık ve önem düzeyine ulaşmadığını belirtmektedir.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ise, kararda aşının reddinin din ve vicdan hürriyeti bağlamında korunmayacağı sonucuna varırken somut dava bağlamında şu hususlara dayanmıştır:

- Başvurucuların hiçbiri din temelli başvuruda bulunmadıkları için “düşünce ve vicdan özgürlüğü” bağlamında değerlendirme yapılacaktır.
- Somut başvuruda iddiaların tutarlılığı ve inandırıcılığının önemi vurgulanmış ve başvurunun esas olarak “sağlık” la ilgili olduğu, felsefi ve dini yönlerin ise sonradan ve ikincil olduğuna ve geç ileri sürüldüğüne işaret edilmiştir.
- Düşünce, din ve vicdan hürriyetine yapıldığı iddia edilen müdahalenin yoğunluğu bakımından da somut bir argüman ileri sürülmemiştir.
- 9. Madde bakımından şikayetini yeterince belirtmediği ve doğrulamadığı için başvuru 9. Madde korumasından yararlanmak için yeterli bir inandırıcılık, ciddiyet, tutarlılık ve önem taşıyan iddialarda bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Sonuç olarak aşının reddi hususu somut vakada düşünce, din ve vicdan hürriyeti korumasından yararlanmamıştır. Ancak bu sonuç, başka bir somut durumdaki inandırıcılık, ciddiyet, tutarlılık ve önem taşıma kavramları ile örtüştüğünde, somut olarak müdahalenin yoğunluğu ortaya konulduğunda farklı sonuçlara ulaşmak mümkün olabilecektir. Bu bağlamda kararda bir karşıoy kullanan Yargıç Wojtyczek, “Tıbbi müdahalenin doğasında var olan bir riskin alınmaya değer olup olmadığı konusu, bu hüküm tarafından korunan kişisel bir inanç meselesi olabilir. Ayrıca, davanın olaylarını müteakip yerel içtihat hukukundaki gelişmelere atıfta bulunmak ve bu müteakip içtihat tarafından açılan yolları araştıramadıkları ve bazı iddialarda

bulunamadıkları için, geriye dönük olarak, başvurularını suçlama”nın sorunlu olduğu kanaatindedir<sup>28</sup>.

**Sonuç olarak;** Aşı konusunda vicdani red tartışması tüketilmiş bir tartışma değildir. Vicdani red hakkının koruduğu hukuki değer nedir sorusu önemlidir. Burada en açık yanıt vicdani kanaatlerin hukuk düzenleri tarafından “**rasyonel, tutarlı, doğru, ahlaki, güzel, makul, ya da estetik**” oldukları için değil, bireyin subjektif tercihine saygı bağlamında korunmak zorunda olmasıdır<sup>29</sup>.

**Bu sebeple zorunlu aşının reddi konusunda dini inanç sebebiyle aşının reddi ile, inanç dışı sebeplerle aşının reddine farklı hukuki sonuçlar bağlamak mümkün olmamalıdır.** Bireyin subjektif tercihine değer atfetmenin temelinde bireyin özerkliği ve kendi geleceğini tayin hakkı yatmaktadır. Söz konusu kavramlar demokrasi ile de yakın bağlantı içindedir. Ayrıca aşı zorunluluğunun hukuka uygunluğu bakımından da bu alanda bir istisnanın yer alması önemli bir argüman olacaktır.

## **II-ZORUNLU AŞININ ANAYASA HUKUKU BAKIMINDAN HUKİKİ REJİMİ**

Yukarıda sayıldığı gibi zorunlu aşı bir çok anayasal hak ile yakından ilişkilidir. Anayasal bazda en doğrudan ilişki bireyin vücut bütünlüğüne müdahale olarak ifade edilebilir. İHAS sistemi içinde ise doğrudan ilişki Sözleşmenin 8. Maddesinde korunan özel hayat hakkı ile kurulabilir.

1982 Anayasasının 17. Maddesi “herkesin yaşama maddi ve manevi varlığını korumak ve geliştirmesi ve ardından “vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı”ndan söz edilmektedir. Anayasanın 15./2. Maddesinde ise bireyin maddi ve manevi varlığının olağanüstü hallerde dahi dokunulmazlığı vurgulanmaktadır.

Bireyin maddi ve manevi bütünlüğüne müdahale ise anayasaya göre iki koşulda mümkündür:

İlki; tıbbi zorunluluklar diğeri ise kanunda yazılı hallerdir. Madde işkence ve eziyet yasağını mutlak olarak düzenlerken, kimsenin insan onuru ile bağdaşmayan bir cezaya veya “muameleye” tabi tutulamayacağına yer vermektedir.

<sup>28</sup> Yargıç Wojtyczek’in Karşılığı: “Her halükarda, vicdani ret temelinde aşılama yükümlülüğünün istisnalarının yasal olarak tanınması, söz konusu yükümlülüğün Sözleşme’ye uygunluğu lehinde çok önemli bir argümandır”.

<sup>29</sup> O. Can, “Vicdani Red Anayasal Bir Hak mı?, **Radikal**, 12.7.2005.

Ayrıca Anayasanın 12. ve 13. maddelerindeki sınırlama ve güvence ölçütlerinin bireyin maddi ve manevi bütünlüğü bakımından da uygulanacağını eklemek gerekir.

Anayasanın 20. Maddesindeki “herkesin özel ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı” ile birlikte değerlendirildiğinde anayasa bireyin maddi ve manevi bütünlüğünü güvence altına almak bakımından yeterli anayasal güvencelere sahip bulunmaktadır.

Son derece karmaşık ve hassas dengeler üzerine oturan zorunlu aşı kavramı nasıl dengelenecektir? Ovideo Sözleşmesi 2. Maddesinde toplum ve bilim karşısında insanın önceliğini vurgulamaktadır<sup>30</sup>. Türkiye Sözleşmeye taraftır. İnsanın ve onurunun önceliği tüm sözleşmeye hakim bir ilke olarak kabul edilmektedir.

Konuya ilişkin en özel sözleşme olan Ovideo Sözleşmesi 5. Maddesinde “muafakatten söz etmektedir. Buna göre, sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş olarak muafakat vermesinden sonra yapılabilecektir. Ayrıca müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında önceden uygun bilgilendirme yapılmalıdır. Ve nihayet kişi muafakatını her zaman serbestçe geri alabilecektir. 164 nolu sözleşmenin açıklayıcı raporunda<sup>31</sup> müdahalenin

<sup>30</sup> Sözleşmenin 2. Maddesinin açıklayıcı raporu şu şekildedir: Madde 2 – İnsanın önceliği  
21. Bu madde, insanın bilimin veya toplumun karşısında önceliğini teyit etmektedir. Aralarında bir ihtilaf olması durumunda prensipte ikincisine göre öncelikli olması gereken birincisine öncelik verilir. Bu ilkenin önemli uygulama alanlarından biri, bu Sözleşmenin V. Bölümünün hükümlerince kapsanan araştırma ile ilgilidir.

22. Amacı insan haklarını ve onurunu korumak olan tüm Sözleşme, insanın önceliği ilkesinden esinlenmiştir ve tüm maddeleri bu ışıkta yorumlanmalıdır.

<sup>31</sup> Madde 5 – Genel kural- açıklayıcı rapor.

34. Bu madde rıza ile ilgilidir ve uluslararası düzeyde zaten yerleşik bir kuralı, yani hiç kimsenin rızası olmadan prensipte bir müdahaleye zorlanamayacağını teyit eder. Bu nedenle insanlar, kendilerini ilgilendiren herhangi bir müdahaleye rızalarını özgürce verebilmeli veya reddedebilmelidir. Bu kural, hastaların sağlık profesyonelleri ile olan ilişkilerinde özerkliğini açıkça ortaya koymakta ve hastanın isteğini göz ardı edebilecek paternalist yaklaşımları sınırlandırmaktadır. "Müdahale" kelimesi en geniş anlamıyla 4. maddede olduğu gibi anlaşılmaktadır - yani, tüm tıbbi eylemleri, özellikle önleyici bakım, teşhis, tedavi, rehabilitasyon veya araştırma amacıyla yapılan müdahaleleri kapsar.

Rızalarının geçerli olması için, söz konusu kişilerin, düşünülen müdahale ile ilgili gerçekler hakkında bilgilendirilmiş olmaları gerekir. Bu bilgiler müdahalenin amacını, yapısını ve sonuçlarını ve ilgili riskleri içermelidir. Müdahalede veya alternatif eylem planlarında yer alan riskler hakkındaki bilgiler, yalnızca tasarlanan müdahale türünün doğasında bulunan riskleri değil, aynı zamanda yaş veya diğer patolojilerin varlığı gibi her bir hastanın bireysel özellikleriyle ilgili riskleri de kapsamalıdır. Hastalar tarafından yapılan ek bilgi talepleri yeterince cevaplanmalıdır.

“tüm tıbbi eylemleri, özellikle önleyici bakım, teşhis, tedavi, rehabilitasyon veya araştırma amacıyla yapılan müdahaleleri” kapsayacağı işaret edilmiştir. Doğal olarak bireyin aşılınması da müdahale kapsamı içinde yer alacaktır.

### A-YASALLIK

Temel hak ve hürriyetlerin kanunla sınırlanması hem ulusal hem de uluslararası hukuk bakımından klasik hürriyet rejiminin temel güvencelerinden biridir. Hak ve hürriyetlerin demokratik meşruiyeti güçlü olan yasama organının yasa niteliğindeki hukuki işlemi ile sınırlandırılabilmesi, muhalefetin bu süreçte dahil olması, parlamentonun aleni tartışma ortamında tartışılması, oylanması önemli güvenceler olarak kabul edilmektedir. Elbette hürriyeti sınırlayan yasal düzenlemenin maddi boyutu yani genel, soyut, sürekli düzenlemeler getirmesi de bu anlamda önem taşımaktadır. Anayasamız temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanabileceğini düzenlerken, İHAM sisteminde “as to the law” kavramına yer verilmiştir. Sunday Times kararı sonrasında da devam eden içtihatla kanunla sınırlamadan sadece şekli anlamda kanunun değil, maddi anlamda kanunun da anlaşılacağını belirtmiştir. Ancak yine İHAM kararları dikkate alınarak kanunla sınırlamanın ulaşılabilirlik ve öngörülebilirlik kriterlerinin de vurgulandığı görülür.

İHAM nin yasallık bakımından ortaya koyduğu kriterler birçok kararında da ifade edildiği gibi <sup>32</sup> “ulaşılabilir ve etkileri öngörülebilir” olmalıdır.

Rıza açık veya zımni, sözlü veya yazılı olabilir. Rıza özgürlüğü, rızanın herhangi bir zamanda geri alınabileceğini ve sonuçlar hakkında tam olarak bilgilendirildikten sonra ilgili kişinin kararına saygı duyulacağını ifade eder. Ancak bu ilke, örneğin, bir ameliyat sırasında hastanın rızasının geri alınmasına her zaman uyulması gerektiği anlamına gelmez. Mesleki standartlar ve yükümlülükler ile bu gibi durumlarda 4. madde kapsamında geçerli olan davranış kuralları, doktorun, hastanın sağlığını ciddi şekilde tehlikeye atmadan kaçınmak için ameliyata devam etmesini zorunlu kılabilir.

39. Ayrıca, Sözleşme'nin 26. Maddesi ile rıza gösteremeyecek kişilerin korunmasına ilişkin 6. Madde, ruhsal bozukluğu olan kişilerin korunmasına ilişkin 7. Madde ve olağanüstü durumlara ilişkin 8. Maddesi, Sözleşmede yer alan haklar ve dolayısıyla rıza ihtiyacı sınırlı olabilir. 39. Ayrıca, Sözleşme'nin 26. Maddesi ile rıza gösteremeyecek kişilerin korunmasına ilişkin 6. Madde, ruhsal bozukluğu olan kişilerin korunmasına ilişkin 7. Madde ve olağanüstü durumlara ilişkin 8. Maddesi, Sözleşmede yer alan haklar ve dolayısıyla rıza ihtiyacı sınırlı olabilir. 40. Bilgilendirme hastanın hakkıdır, ancak 10. maddede belirtildiği üzere hastanın bilgilendirilmeme konusundaki olası isteğine uyulmalıdır. Ancak bu, hastaya önerilen müdahale için onay alma ihtiyacını ortadan kaldırmaz.

<sup>32</sup>Amann v. Switzerland, Kopp, Iordachi and Others v. Moldova, 2009.

Hukuk normunun öngörülebilir olması bireylerin uygun bir tavsiye ile yeterli kesinlikte normu öngörebilmesi ile sağlanabilmektedir<sup>33</sup>.

**a-Vavřička ve Diğerleri kararında İHAM önünde yapılan kanunilik tartışması** -Mahkeme hak ve hürriyete müdahalenin iç hukukta bir dayanağı olması gerektiğini, bu düzenlemenin açıkça ulaşılabılır ve gerektiğinde uygun bir tavsiye ile davranışlarının makul olarak yasa karşısında sonuçlarını ayarlamasına yol açacak açıklıkta olması gerektiğini hatırlatmıştır.

Somut olayda Kamu Sağlığını Koruma Yasasında(m.46) ve yaptırma ilişkin husus da MO (Minor Offences Act) yasasında (m. 29) ve Eğitim kanununda düzenlenmiştir. Başvurucular hükümlerin erişilebilirliği ve öngörülebilirliği konusunda bir itiraz ileri sürmemişlerdir. Somut olayda tarafların itirazları yasa ve ikincil düzenleme kombinasyonu ile yapılan müdahalenin sözleşmeye salt parlamento kaynaklı yasal düzenleme olmamasından kaynaklanmaktadır. Mahkeme, davada hukuka uygun olarak ifadesinden maddi anlamda anlaşılması gerektiğini şekli anlamda kanun kavramından söz edilmediğini tekrarlamaktadır. Bu nedenle, diğerlerinin yanı sıra, birincil mevzuatla sınırlı olmayan, aynı zamanda yasal fiilleri ve daha düşük düzeydeki araçları da içeren “yazılı hukuku” içerir. Özetle, “yasa”, yetkili mahkemelerin yorumladığı şekliyle yürürlükte olan hüküm olarak anlaşılmalıdır. Bu sebeple somut olayda hukuka uygun müdahale bakımından sorun görülmemiştir.

### **b-Türk Anayasa Hukukunda Yasallık**

Türk Anayasa Hukukunda kanun kavramı İHAS sisteminden farklıdır. Farklı olması da olağandır. İHAS sisteminin kavramlar özerk yorumlanmaktadır. Vavřička kararında başvurucuların da ifade ettiği gibi ulusal hukukta kanun ile sınırlama öncelikle yürütmenin düzenleyici işlemleri ile hürriyetin sınırlanmaması anlamına gelir. Elbette bu gelişmenin tarihi sebepleri bulunmaktadır. Türk Anayasa Mahkemesi de KHK ile yapılan hürriyet sınırlamalarını anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir<sup>34</sup>. İHAS sisteminde maddi anlamda kanunun varlığı yeterli iken Türk hukukunda kanun kavramından diğer özellikleri yanında şekli anlamda kanunun varlığı aranmaktadır. Ancak son yıllarda bazı bireysel başvuru kararlarında yasa altı düzenlemeler de kanunilik ilkesini karşılar kabul edilmiştir ve bu yorum son derece sorunludur<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> Amann v. Switzerland, 2000;Malone v. UK , 1984; Silver and Others v. U.K 1983

<sup>34</sup> K.2012/184, EK.G. 22.11.2012, R.G. 24.1.2014, S.28892.

<sup>35</sup> Özkan Kart Başvurusu, Başvuru numarası:2013/1821. MAHKUM Başvurucunun yasal bir sınırlama olmadığı halde odasında 10 kitaptan fazla kitap bulundurmasına Ceza İnfaz YUHFD Vol. XIX Special Issue (2022)

Anayasa Mahkemesi daha yeni kararlarında güvenlik soruşturmasına ilişkin kanunun ilgili hükmünü kanunilik şartının yerine getirilmediğinden hareketle iptal ederken şu güçlü gerekçeleri kullanmıştır:

“Kanuni düzenlemenin şeklen var olması yeterli olmayıp, yasal kuralların keyfiliğe izin vermeyecek şekilde belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir düzenlemeler niteliğinde olması gerekir. Esasen temel hakları sınırlayan kanunun bu niteliklere sahip olması, Anayasanın 2. Maddesinde güvenceye bağlanan hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Hukuk devletinde, kanuni düzenlemelerin hem kişiler, hem idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir<sup>36</sup>.

Türk hukukunda zorunlu aşu konusunda kanunilik güvencesi Anayasa Mahkemesinin birçok bireysel başvuru kararında da vurguladığı gibi anayasal bir güvence oluşturmamaktadır. Bebeklik dönemi aşularına ilişkin bir dizi kararda Anayasa Mahkemesi bu alandaki düzenlemenin yasallığını tartışmış ve haklı olarak anayasaya aykırılık kararı vermiştir:

---

Kurumları Kütüphane ve Kitaplık Yönergesi'nin oldukça muğlak hükmüne dayanarak başvuru reddedilmiştir. Bir başka kararı E.Ç.A. Başvurusu ve Bülent Kaya başvurusudur. GBT sisteminde kişisel veri kaydının tutulmasının hukuki dayanağının yönerge ve genelge olmasına ilişkin kararlarda yasallık koşulunun yerine getirildiği kabul edilmiştir. Hatta yayınlanmayan yönerge ile GBT kaydı tutulmasına ilişkin başvuru reddedilmiştir.

<sup>36</sup> E.2020/24, K.2021/39, K.T.3/6/2021.

“Kurallar Millî Savunma Bakanlığı, jandarma ve ceza infaz kurumları ile tutukevlerinde çalışacak personel hakkında güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının yapılmasını zorunlu kılmıştır. Buna karşın kişisel veri niteliğindeki bu bilgilerin ne şekilde kullanılacağına, hangi mercilerin soruşturma ve araştırmayı yapacağına, bu bilgilerin ne suretle ve ne kadar süre ile saklanacağına, ilgililerin söz konusu bilgilere itiraz etme imkânının olup olmadığına, bilgilerin bir müddet sonra silinip silinmeyeceğine, silinecekse bu sırada izlenecek usulün ne olduğuna, yetkinin kötüye kullanımını önlemeye yönelik nasıl bir denetim yapılacağına ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Diğer bir ifadeyle güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının yapılmasına ve elde edilecek verilerin kullanılmasına ilişkin keyfiliğe izin vermeyecek şekilde belirli ve öngörülebilir kanuni güvenceler belirlenmeksizin güvenlik soruşturmasının ve arşiv araştırmasının usul ve esasları ile bunu yapacak merciler ile üst kademe yöneticilerinin tespiti yönetmeliğe bırakılmıştır.

Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması sonucunda kişisel veri niteliğindeki bilgilerin alınmasına, kullanılmasına, işlenmesine yönelik güvenceler ve temel ilkeler kanunla belirlenmeksizin bunların alınmasına ve kullanılmasına izin verilmesi Anayasa'nın 13. ve 20. maddeleriyle bağdaşmamaktadır.”

*YÜHFD Cilt: XIX Özel Sayı (2022)*



### c-Türk hukukunda zorunlu aşılamada yasallık

Bu konuda hem düzenlemelerin tarihi oldukça eski, içerikleri de son derece yetersizdir.

1930 tarihli 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu m. 3<sup>37</sup>, çocuk ölümünü azaltmak amacıyla devletin tedbirler alabileceğini ve salgın hastalıkların yayılmasına engel olma görevinin sağlık bakanlığına verildiğini belirtmektedir.

Yine Umumi Hıfzısıhha Kanununun 57. Maddesi bu alanda düzenlemeler getirmektedir<sup>38</sup>. İlgili maddede sayılan hastalıklar ortaya çıkar, çıktığından şüphe edilir ve ya vefat gerçekleşir ve vefatın bu hastalıklardan olduğu şüphesi olursa sayılan kişiler haber verme yükümlülüğü altındadır.

Kanunun 64. Maddesi ise<sup>39</sup> sayılanlar dışında salgın hastalık konusunda düzenleme getirmektedir. Maddeye göre 57. Maddede sayılanlar dışında

<sup>37</sup> Madde 3 – Sıhhat ve İçtimai Muavenet Vekaleti bütçeleriyle muayyen hatlar dahilinde olarak aşağıda yazılı hizmetleri doğrudan doğruya ifa eder:

**1 - Doğumu (.....)<sup>(3)</sup> teshil ve çocuk ölümünü tenkis edecek tedbirler.**

2 - Validelerin doğumdan evvel ve doğumdan sonra sıhhatlerinin vikayesi.

3 - **Memlekete sari ve salgın hastalıkların hulülüne mümanaat.**(engel olma)

4 - Dahilde her nevi intani, sari ve salgın hastalıklarla veya çok miktarda vefiatı intaç ettiği görülen sair muzır amillerle mücadele.

5 - Tababet ve şubeleri sanatlarının icrasına nezaret.

6 - (...) <sup>(1)</sup> ilaçları ve bütün zehirli müessir ve uyuşturucu maddelerle yalnız hayvanlar için serumlar ve aşıları murakabe hariç olmak üzere her nevi serum ve aşıları murakabe <sup>(2)</sup>.

**7 - Çocukluk ve gençlik hıfzısıhhasına ait işlerle çocuk sıhhat ve bünyesinin muhafaza ve tekamülüne ait tesisatın murakabesi.**

<sup>38</sup> *Memleket dahilinde sari ve salgın hastalıklarla mücadele*

**Madde 57** – Kolera, veba (Bübön veya zatürree şekli), lekeli humma, karahumma (hummayı tiroidi) daimi surette basil çıkaran mikrop hamilleri dahi - paratifoit humması veya her nevi gıda maddeleri tesemmümatı, çiçek, difteri (Kuşpalazı) - bütün tevkiatı dahi sari beyin humması (İltihabı sahayai dimağii şevkii müstevli), uyku hastalığı (İltihabı dimağii sari), dizanteri (Basilli ve amipli), lohusa humması (Hummai nifası) ruam, kızıl, şarbon, felci tifli (İltihabı nuhai kuddamii sincabii haddi tifli), kızamık, cüzam (Miskin), hummai racia ve malta humması

hastalıklarından **biri zuhur eder veya bunların birinden şüphe edilir veyahut bu hastalıklardan vefiyat (vefat) vuku bulur veya mevtin(ölümün) bu hastalıklardan biri sebebiyle husule geldiğinden şüphe olunursa aşağıdaki maddelerde zikredilen kimseler vak'ayı haber vermeğe mecburdurlar.** Kudurmuş veya kuduz şüpheli bir hayvan tarafından ısırılmaları, kuduza müptela hastaların veya kuduzdan ölenlerin ihbarı da mecburidir.”

<sup>39</sup> Madde 64. :“57 nci maddede zikredilenlerden başka her hangi bir hastalık istilai şekil aldığı veya böyle bir tehlike baş gösterdiği takdirde o hastalığın veya her hangi bir hastalık şeklinin memleketin her tarafında veya bir kısmında ihbarı mecburi olduğunu neşrü ilâna ve  
*YUHFD Vol. XIX Special Issue (2022)*

salgın bir hastalık sözkonusu olması halinde sağlık bakanlığının bu kanundaki tedbirleri alabileceğini belirtmektedir. Bu hükmün Kovid 19 küresel salgını bakımından da uygulanabileceği kabul edenler olduğu gibi<sup>40</sup>, 57. ve 72. Madde ilişkisi ile ortaya konulan aşı tedbirinin özel hüküm olduğu, 64. Maddedeki salgın hükmünün genel hüküm olduğundan hareketle aşı tedbirinin salgın halinde uygulanamayacağı düşüncesinde olan yazarlar da vardır<sup>41</sup>.

Bu noktada kovid-19 özelinde bir sorunun dile getirilmesi de gerekir. Kovid aşılı kişilerin hasta olmasını ve bu hastalığı yaymasını tümden engellemekte, ancak hem ölüm oranını azaltmakta, hem de bazı araştırmalara göre aşılı kişilerin hastalık yayma potansiyellerini düşürmektedir<sup>42</sup>.

Nihayet Kanunun 72. Maddesi ise<sup>43</sup>, 57. maddede zikredilen hastalıklardan birinin ortaya çıkması veya ortaya çıkmasından şüphe

---

o hastalığa karşı bu kanunda mezkûr tedbirin kaffesini (bütünü)veya bir kısmını tatbika Sihat ve İctimai Muavenet Vekaleti salahiyyettedir.

<sup>40</sup>E. Şen-M.V. Ervan, Zorunlu Aşı, <https://sen.av.tr/tr/makale/zorunlu-asi#:~:text=%5B2%5D%20Madde%2064%3B%20%2E2%80%9C,hastal%C4%B1%C4%9Fa%20kar%C5%9F%C4%B1%20bu%20kanunda%20mezk%C3%BCr,> erişim tarihi, 25.1.2022

<sup>41</sup>O. Akbulut, Covid-19'a Karşı Zorunlu Aşı Mümkün mü? <https://www.istanpol.org/post/covid-19-a-kar%C5%9F%C4%B1-t%C3%BCrkiye-de-zorunlu-a%C5%9F%C4%B1-m%C3%BCmk%C3%BCn-m%C3%BC>, erişim tarihi 11.4.2022. Ayrıca bkz. Şirin T. Tehlikeli Salgın Hastalıklarla Anayasal Mücadeleye Giriş. Anayasa Hukuku Dergisi 2020;9(17)

<sup>42</sup>“Illinois Üniversitesi'nden araştırmacı Christopher Byron Brooke, Covid-19 aşılarının bulaşmayı kesinlikle azalttığını belirtmektedir. Araştırmacıya göre aşılanmış kişiler bazı durumlarda virüsü bulaştırabilirler, ancak, aşılanmış bir kişinin virüsü bulaştırma riskinin aşılanmamış bir kişiden çok çok daha düşük olduğuna dair veriler son derece açık ve nettir. Hollanda merkezli bir başka araştırma, ise, delta varyantı ile enfekte olan aşılanmış kişilerin, aşılanmamış kişilere oranla bulaştırma olasılığının yüzde 63 daha az olduğunu ortaya koymuştur.

<https://tr.euronews.com/2021/10/25/as-yapt-ranlar-n-covid-19-u-yayma-olas-l-g-yapt-rmayanlara-oranla-cok-daha-dusuk-arast-rma>, erişim tarihi 25.1.2022

<sup>43</sup>Madde 72 – 57 nci maddede zikredilen hastalıklardan biri zuhur ettiği veya zuhurundan şüphelenildiği takdirde aşağıda gösterilen tedbirler tatbik olunur:

1 - Hasta olanların veya hasta olduğundan şüphe edilenlerin ve hastalığı neşrü tamim eylediği tetkikati fenniye ile tebeyyün edenlerin fennen icap eden müddet zarfında ve sıhhat memurlarınca hanelerinde veya sıhhi ve fenni şartları haiz mahallerde tecrit ve müşahede altına vaz'ı.(tecrit etme)

2 - Hastalara veya hastalığa maruz bulunanlara serum veya aşı tatbiki.

3 - Eşhas, eşya, elbise, çamaşır ve binaların ve fennen intana maruz olduğu tebeyyün eden sair bilcümle mevaddın fenni tathiri.

YÜHFD Cilt: XIX Özel Sayı (2022)

edilmesi durumunda bir kısım tedbirlere başvurulacağı belirtilmiş ve söz konusu tedbirler arasında **hastalara veya hastalığa maruz bulunanlara serum veya aşı uygulanması** şeklindeki tedbire de yer verilmiştir.

Her ne kadar 5395 Sayılı Çocuk Koruma Kanununun“Koruyucu ve destekleyici tedbirler” başlıklı 5/1-d maddesinin<sup>44</sup> “çocuğun fiziksel ve ruhsal sağlığının korunması ve tedavisi için gerekli geçici veya sürekli tıbbî bakım ve rehabilitasyonuna, bağımlılık yapan maddeleri kullananların tedavileri” koruyucu ve destekleyici tedbirler arasında sayılmakta ise de bağışıklama programına ilişkin ilke ve usuller belirlenerek bebeklik dönemini de kapsayacak şekilde hangi aşuların yapılacağı genelgeler ile düzenlenmektedir.

4 - Hastalık neşreden haşarat ve hayvanatın itlafı.

5 - Memleket dahilinde seyahat eden eşhasın icap eden mahallerde muayenesi ve eşyalarının tathiri.

6 - Hastalığın sirayet ve intişarına sebebiyet veren gıda maddelerinin sarf ve istihlakinin men'i.

7 - Dahilinde sari ve salgın hastalıklardan biri zuhur eden umumi mahallerin tehlike zail oluncaya kadar set ve tahliyesi.

<sup>44</sup> Koruyucu ve destekleyici tedbirler Madde 5- (1) Koruyucu ve destekleyici tedbirler, çocuğun öncelikle kendi aile ortamında korunmasını sağlamaya yönelik danışmanlık, eğitim, bakım, sağlık ve barınma konularında alınacak tedbirlerdir. Bunlardan; a) Danışmanlık tedbiri, çocuğun bakımından sorumlu olan kimselere çocuk yetiştirme konusunda; çocuklara da eğitim ve gelişimleri ile ilgili sorunlarının çözümünde yol göstermeye, b) Eğitim tedbiri, çocuğun bir eğitim kurumuna gündüzlü veya yatılı olarak devamına; iş ve meslek edinmesi amacıyla bir meslek veya sanat edinme kursuna gitmesine veya meslek sahibi bir ustanın yanına yahut kamuya ya da özel sektöre ait işyerlerine yerleştirilmesine, c) Bakım tedbiri, çocuğun bakımından sorumlu olan kimsenin herhangi bir nedenle görevini yerine getirememesi hâlinde, çocuğun resmî veya özel bakım yurdu ya da koruyucu aile hizmetlerinden yararlandırılması veya bu kurumlara yerleştirilmesine, d) Sağlık tedbiri, çocuğun fiziksel ve ruhsal sağlığının korunması ve tedavisi için gerekli geçici veya sürekli tıbbî bakım ve rehabilitasyonuna, bağımlılık yapan maddeleri kullananların tedavilerinin yapılmasına, e) Barınma tedbiri, barınma yeri olmayan çocuklu kimselere veya hayatı tehlikede olan hamile kadınlara uygun barınma yeri sağlamaya, Yönelik tedbirdir. (2) Hakkında, birinci fıkranın (e) bendinde tanımlanan barınma tedbiri uygulanan kimselerin, talepleri hâlinde kimlikleri ve adresleri gizli tutulur. (3) Tehlike altında bulunmadığının tespiti ya da tehlike altında bulunmakla birlikte veli veya vasisinin ya da bakım ve gözetiminden sorumlu kimsenin desteklenmesi suretiyle tehlikenin bertaraf edileceğinin anlaşılması hâlinde; çocuk, bu kişilere teslim edilir. Bu fıkranın uygulanmasında, çocuk hakkında birinci fıkrada belirtilen tedbirlerden birisine de karar verilebilir.

Yukarıda özetlenen yasal durum karşısında bir dizi başvuru Anayasa Mahkemesine taşınmıştır<sup>45</sup>.

**Halime Sare Aysal Kararı**<sup>46</sup>, bebeklik aşılara ailesinin izin vermediği bebeğin mahkeme kararı ile tıbbi müdahale yapılarak aşılmasına ilişkindir<sup>47</sup>. Olay Uşak İl müdürlüğü tarafından ebeveynleri tarafından bebeklik aşıları yaptırılmadığı için bebek hakkında “sağlık tedbiri” uygulanması mahkemeden talep edilmiştir. Sivaslı Asliye Hukuk Mahkemesi “genişletilmiş bağışıklama programı” nda yer alan aşılar bebeğin ebeveynleri tarafından tüm açıklama ve bilgilendirmelere rağmen yapılmadığı için ilgili bebeği “korunmaya muhtaç çocuk” olarak değerlendirmiş (5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununun 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (d) bendi uyarınca sağlık tedbiri uygulanması kararı)ve bebeğin aşılmasına karar verilmiştir. Ancak zorla aşı uygulanmasına aile izin vermemeiş ve durum tutanakla tesbit edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi yapılan bireysel başvuruda öncelikle Anayasanın 17. Maddesinden hareketle hürriyete yapılan müdahalenin kanunilik şartını taşıyıp taşımadığını tartışmıştır. Kanunilik şartının yerine getirilmesi için “kanunun sadece şeklen varlığının yeterli olmadığını” ayrıca kanunun nitelik olarak **“sınırlamanın erişilebilirliğini, öngörülebilirliğini ve kesinliği”** nin ortaya konulması gerektiğini ve bu sayede “uygulayıcının keyfî davranışlarının önüne geçtiği, kişinin hukuku bilmesine yardımcı olduğu ve bu yönüyle hukuk güvenliğini sağladığını” vurgulamaktadır. Anayasa Mahkemesi yine kanunilik şartının yerine getirilebilmesi için kanunun **“yeterince ulaşılabilir olması yani vatandaşların belirli bir olaya uygulanabilir nitelikteki hukuk kurallarının varlığı hakkında yeterli bilgiye sahip olabilmesi, ayrıca ilgili normun keyfiliğe karşı uygun bir koruma sağlaması, yetkili makamlara verilen yetkinin genişliğini ve icra edilme biçimlerini yeterli bir netlikte tanımlaması”**

<sup>45</sup> Ayrıca bu konudaki çalışmalar için bkz. Metin, S. "Covid-19 Bağlamında Zorunlu Aşı Tartışmalarının Hukuki Boyutu" . Sağlık Bilimlerinde İleri Araştırmalar Dergisi 4 (2021 ): 37-50 <https://dergipark.org.tr/tr/pub/sabiad/issue/65901/958025>

Kanadoğlu K. Zorunlu Aşının Anayasallığı. [https:// blog.lexpera.com.tr/zorunlu-asininanayasalligi/# fn9](https://blog.lexpera.com.tr/zorunlu-asininanayasalligi/#fn9) Erişim Tarihi, 25.1.2022

<sup>46</sup> Başvuru Numarası: 2013/1789, 11/11/2015.

<sup>47</sup> 5395 sayı 3.7.2005 tarihli Çocuk Koruma Kanunu, Koruyucu ve destekleyici tedbirler Madde 5-“ (1) Koruyucu ve destekleyici tedbirler, çocuğun öncelikle kendi aile ortamında korunmasını sağlamaya yönelik danışmanlık, eğitim, bakım, sağlık ve barınma konularında alınacak tedbirlerdir. Bunlardan...; d) Sağlık tedbiri, çocuğun fiziksel ve ruhsal sağlığının korunması ve tedavisi için gerekli geçici veya sürekli tıbbî bakım ve rehabilitasyonuna, bağımlılık yapan maddeleri kullananların tedavilerinin yapılmasına”

gerektiğini de işaret etmektedir. Anayasa Mahkemesi kararda kanunililiğe ilişkin temel esasları şu şekilde ortaya koymaktadır:

“ keyfi müdahalelere karşı bireyi korumak için yetkili makamlara bırakılan takdir yetkisinin kapsamını yeterince açık bir şekilde göstermelidir. Hukuk sistemi vatandaşlara, kamu makamlarına hangi koşullarda ve hangi sınırlar içinde vücut bütünlüğüne yönelik olan ve potansiyel olarak özel yaşama karşı tehlike oluşturabilecek müdahalelerde bulunma yetkisi verdiğini, yeterince açık ifadelerle gösterecek nitelikte olmalı ve bu bağlamda ilgili müdahalenin muhataplarının müdahaleye zemin hazırlayan koşullar ile müdahalenin sonuçları açısından bir öngörülebilirlik bulunabilmeleri imkânı tanımalıdır... Bu nedenle kuralın karmaşık olması ya da belirli ölçülerde soyutluk içermesi ve buna bağlı olarak hukuki yardım ile tam olarak anlaşılabilir hâle gelmesi tek başına hukuken öngörülebilirlik ilkesine aykırı görülemez. Bu kapsamda hak ya da özgürlüğe müdahale eden kural belirli ölçülerdeki takdir alanını elbette uygulayıcıya bırakabilir. Fakat bu takdir alanının sınırlarının da yeterli açıklıkta belirlenmesi ve kuralın asgari bir kesinlik içermesi zaruridir.”

Yukarıdaki veriler somut olaya uygulandığında karşılaşılan durum şu şekildedir:

Umumi Hıfzısıhha Kanununun 57. Sadece belirli hastalık türleri sayılmıştır. Aynı Kanunun 72. maddesinde ise 57. maddede zikredilen hastalıklardan birinin ortaya çıkması veya ortaya çıkmasından şüphe edilmesi durumunda bazı tedbirlere başvurulabileceği ve bunlar arasında “hastalara veya hastalığa maruz bulunanlara serum veya aşı uygulanması” olduğu görülmektedir. Bakanlığın ilgili Genelgesinde ise genel bağışıklama programına ilişkin ilke ve usuller belirlenerek bebeklik dönemini de kapsayacak şekilde “belirli yaş grupları için çeşitli periyotlar dâhilinde bazı aşuların uygulanmasına ilişkin esas ve usuller düzenlenmektedir. Genelgedeki aşı türleri Umumi Hıfzısıhha Kanununda sayılan hastalıklara ilişkin değildir. Başvurucuya tatbik edilmek istenen aşular HepB, DaBT, İPA, Hib ve KPA türündeki aşuların 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanununda sınırlı olarak sayılan hastalıkları karşılamadığı Anayasa Mahkemesi tarafından tesbit edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi ayrıca kanunda çiçek aşısı için ayrıntılı düzenlemeler getirilirken, bunun dışındaki aşı uygulamasının Bakanlığın ilgili Genelgesi kapsamında ve belirlenen program çerçevesinde yapıldığı görülmekle birlikte genel ve zorunlu aşı uygulamasına dayanak oluşturacak bir kanun hükmünün mevcut olmadığı kanaatine ulaşmaktadır.

Sonuç olarak; Anayasa Mahkemesi UHK'nun 57. Maddesinde sayılan hastalıklar dışındaki hastalıklara da genel bağışıklama sistemi içinde genelge ile aşılama yapıldığı ve bu müdahalenin kanunda karşılığının olmadığı sonucuna varmaktadır.

**Muhammed Ali Bayram Başvurusu**<sup>48</sup>, hem bebeklik aşuları hem de diğer kararlardan farklı olarak topuk kanı uygulamasında velinin onaylamamasından hareketle mahkeme tarafından tıbbi tedbir uygulanmasına ilişkindir.

Başvurucuya sağlık görevlilerince aşı yapılması ve topuk kanı alınması istemlerinin başvuru temsilcileri tarafından reddedilmesi üzerine durum tutanakla tespit edilmiştir.

Mersin Aile Danışma Merkezi Müdürlüğü, Mahkemeden sağlık tedbiri uygulanması talebinde bulunmuştur.

Mersin 2. Çocuk Mahkemesi 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 5/1-d maddesi uyarınca sağlık tedbiri uygulanmasına karar vermiştir. Buna göre, bebek Muhammet'in ebeveynlerinin genişletilmiş bağışıklama programında yer alan aşuları yaptırmak ve aile hekimine kayıt ettirmek istemedikleri, tüm dosya kapsamından anlaşılacakla, aşağıdaki şekilde karar verilmesi gerekmiştir.”

Anılan karara başvuru temsilcileri tarafından yapılan itiraz reddedilmiştir: Ailenin iddiası aşuların ve topuk kanının alınmasının zorunlu olmadığı, zamanının geçtiğini, her hangi bir salgın hastalığın olmadığı, çocuğun sağlığında da herhangi bir sorun olmadığını bu nedenlerle sağlık tedbirinin yersiz olduğunu şeklindedir. Mahkemenin gerekçesi şu şekildedir<sup>49</sup>:

<sup>48</sup> Başvuru Numarası: 2014/4077, 29/6/2016.

<sup>49</sup> Sağlık Bakanlığı Temel Sağlık hizmetleri genel müdürlüğünün 13/03/2009 tarih ve 2009/18 sayılı genelgesi, Sağlık Bakanlığı Ana Çocuk Sağlığı ve Aile Planlaması Genel müdürlüğünün 19/12/2012 tarih ve 2006/130 sayılı genelgesi, sağlık Bakanlığı Türkiye Halk Sağlığı Kurumu Başkanlığının Neonatal Tarama Programı ve HSK 0.23.00.00 sayılı yazısı. Sağlık Bakanlığı Ana Çocuk Sağlığı ve Aile Planlaması Genel Müdürlüğünün 18/01/2012 tarihli yeni doğan tarama programı sayılı yazısı, yine Sağlık Bakanlığı Temel Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğünün genişletilmiş bağışıklama kapsamında aşı uygulamalarında yasal zorunluluğa ilişkin genelgesi, yine aynı kuruma ait GBP aşı uygulamalarında yasal zorunluluğa ilişkin genelgesi, Sağlık Bakanlığına ait Temel Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğünün 13/03/2009 tarihli ve 2009/17 sayılı genelgesi) aşuların yapılmasının çocuğa yan etkisinin genellikle çok hafif olabildiği, çok nadiren de yaşamı ciddi etkileyebilecek etkiler olduğu, ancak genel olarak değerlendirildiğinde yaşı küçük çocuğun yüksek menfaatine olduğunu, bulaşıcı hastalıklardan koruyarak hastalanmasını büyük ölçüde engellediği, hatta hastalık nedeniyle oluşabilecek sakatlık ve ölümlerden koruduğu;

Muhammed Ali Bayram Başvurusu çocukluk aşıları bakımından Sare Aysal başvurusunda olduğu gibi kanunilik koşuluna uyulmadığı ile sonuçlanmıştır<sup>50</sup>.

Ancak kararda “topuk kanı”na ilişkin kısım diğer kararlardan farklıdır. İlk olarak topuk kanı konusunda kanunilik tartışması yapılmıştır. Buna göre; 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu madde 3/1-1<sup>51</sup>

<sup>50</sup> “Genelge kapsamında yer verilen aşı türlerine bakıldığında 1593 sayılı Kanun’un 57. maddesinde tahdidi olarak sayılan hastalıklar için tatbiki öngörülenlerle sınırlı bir düzenleme olmadığı anlaşılmakta; başvuruca tatbiki öngörülen aşıların da 1593 sayılı Kanun’un 57. maddesinde tahdidi olarak sayılan hastalıkları tam olarak karşılamadığı, bu kapsamda 57. maddede zikredilen hastalıklardan birinin ortaya çıkması veya ortaya çıkmasından şüphe edilmesi durumunda hastalara veya hastalığa maruz bulunanlara serum veya aşı uygulanması hususunu düzenleyen 72. madde hükmünün de başvuruya konu uygulamanın kanuni dayanağı olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığı anlaşılmaktadır.”

<sup>51</sup> Temel Esaslar Madde 3 – Sağlık hizmetleriyle ilgili temel esaslar şunlardır: a) Sağlık kurum ve kuruluşları yurt sathında eşit, kaliteli ve verimli hizmet sunacak şekilde Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca, diğer ilgili bakanlıkların da görüşü alınarak planlanır, koordine edilir, mali yönden desteklenir ve geliştirilir. b) Koruyucu sağlık hizmetlerine öncelik verilmek suretiyle kamu ve özel bütün sağlık kurum ve kuruluşlarının kurulması ve işletilmesinde kaynak israfı ve atıl kapasiteye yol açılmaksızın gerektiğinde hizmet satın alınarak kaliteli hizmet arzı ve verimliliği esas alınır. Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı ilgili Bakanlığın muvafakatını alarak, kamu ve özel bütün sağlık kurum ve kuruluşlarına koruyucu sağlık hizmeti görevi verir ve bu kurum ve kuruluşların bütün sağlık hizmetlerini denetler. c) Bütün sağlık kurum ve kuruluşları ile sağlık personelinin ülke sathında dengeli dağılımı ve yaygınlaştırılması esastır. Sağlık kurum ve kuruluşlarının kurulması ve işletilmesi bu esas içerisinde Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca düzenlenir. Bu düzenleme ilgili Bakanlığın görüşü alınarak yapılır. Gerek görüldüğünde özel sağlık kuruluşlarının her türlü ücret tarifeleri sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca onaylanır. Kamu kurum ve kuruluşlarına ait sağlık kuruluşları veya sağlık işletmelerinde verilen her türlü hizmetin fiyatları Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca tespit ve ilan edilir. d) (Mülga: 31/5/2006-5510/106 md.) e) Tesis edilecek eğitim, denetim, değerlendirme ve oto kontrol sistemi ile sağlık kuruluşlarının tespit edilen standart ve esaslar içinde hizmet vermesi sağlanır. f) (Değişik: 24/3/2016-6698/30 md.) Herkesin sağlık durumunun takip edilebilmesi ve sağlık hizmetlerinin daha etkin ve hızlı şekilde yürütülmesi maksadıyla, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarınca gerekli kayıt ve bildirim sistemi kurulur. Bu sistem, e-Devlet uygulamalarına uygun olarak elektronik ortamda da oluşturulabilir. Bu amaçla, Sağlık Bakanlığınca, bağlı kuruluşları da kapsayacak şekilde ülke çapında bilişim sistemi kurulabilir. g) Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca; sağlık ve yardımcı sağlık personelinin yurt düzeyinde dengeli dağılımını sağlamak üzere istihdam planlaması yapar, ülke ihtiyacına uygun nitelikli sağlık personeli yetiştirilmesi amacıyla hizmet öncesi eğitim programları için Yükseköğretim Kurulu ile koordinasyonu sağlar. Serbest ya da kamu kuruluşlarında mesleklerini icra eden sağlık ve yardımcı sağlık personeline hizmetiçi eğitim yaptırır. Bunu sağlamak amacıyla üniversitelerin, kamu

maddesinde sağlık hizmetleriyle ilgili temel esaslar arasında engelli çocuk doğumlarının önlenmesi için gebelik öncesi ve gebelik döneminde tıbbi ve eğitsel çalışmalar yapılması ve yeni doğan bebeklerin metabolizma hastalıkları için gerekli olan testlerden geçirilerek risk taşıyanların belirlenmesine ilişkin tedbirlerin alınması, bir kısım metabolizma hastalıklarının teşhisi hususunda yenidoğanlar üzerinde bazı tıbbi testlerin yapılması ve bu konuda gerekli tedbirlerin alınması hususunda ilgili idareye yetki verilmesi düzenlenmiştir. Ayrıca zorunlu topuk kanı uygulamasına ilişkin esas ve usulleri ayrıntılı olarak düzenleyen 2006/130 sayılı ve

kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile kamu kurum ve kuruluşlarının imkanlarından da yararlanır. Hizmetiçi eğitim programını ne şekilde ve hangi sürelerle yapılacağı Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca çıkartılacak yönetmelikte tespit edilir. h) (İptal: Ana.Mah.19.4.1988 tarih ve E. 1987/16, K. 1988/8 sayılı kararıyla.) i) Sağlık hizmetlerinin yurt çapında istenilen seviyeye ulaştırılması amacıyla; bakanlıklar seviyesinden en uçtaki hizmet birimine kadar kamu ve özel sağlık kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları arasında koordinasyon ve işbirliği yapılır. Sağlık kurum ve kuruluşları coğrafik ve fonksiyonel hizmet alanları, verecekleri hizmetler, yönetim, hizmet ilişki ve bağlantıları gibi konularda tespit edilen esaslara uymak ve verilen görevleri yapmakla yükümlüdürler. Çağdaş tıbbi bilgi ve teknolojinin ülkeye getirilmesi ve teşviki sağlanır. j) Vatandaşların hastalıklardan korunma, sağlıklı çevre, beslenme, ana çocuk sağlığı ve aile planlaması ve benzeri konularda eğitilmeleri ve takipleri bütün kamu kuruluşlarının sorumluluğu, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, özel ve gönüllü kuruluşların işbirliği içerisinde gerçekleştirilir. k) Koruyucu, teşhis, tedavi ve rehabilite edici hizmetlerde kullanılan ilaç, aşı, serum ve benzeri biyolojik maddelerin üretiminin ve kalitesinin teşvik ve temini esas olup, her türlü müstahzar, terkip, madde, malzeme, farmakope mamülleri, kozmetikler ve bunların üretiminde kullanılan ham ve yardımcı maddelerin ithal, ihraç, üretim, dağıtım ve tüketiminin, amaç dışı kullanılmak suretiyle fizik ve psişik bağımlılık yapan veya yapma ihtimali bulunan madde, ilaç, aşı, serum ve benzeri biyolojik maddeler ile diğer terkiplerin kontrolüne, murakabesine ve bunların yurt içinde ve yurt dışında ücret karşılığı kalite kontrollerini yaptırmaya, özel mevzuata göre ruhsatlandırma, izin ve fiyat verme işlerini yürütmeye Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı yetkilidir. Özel mevzuatına göre izin veya ruhsat alınmamış ilaç ve terkiplerin üretimi, ithali, satışı ile ruhsat veya izin alınmış dahi olsa ilaç ve terkiplerin bilimsel araştırma amacıyla Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı ve ilgili kişinin rızası olmadan insan üzerinde kullanımı yasaktır. l) (Ek: 30/5/1997 - KHK - 572/24 md.) Engelli çocuk doğumlarının önlenmesi için, gebelik öncesi ve gebelik döneminde tıbbi ve eğitsel çalışmalar yapılır. Yeni doğan bebeklerin metabolizma hastalıkları için gerekli olan testlerden geçirilerek risk taşıyanların belirlenmesine ilişkin tedbirler alınır. (1) m) (Ek: 1/7/2005-5378/34 md.) Rehabilite edici tıbbi hizmetlerde kullanılan yardımcı araç ve gereçleri üretmek amacıyla, kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kişiler tarafından kurulacak kuruluşların açılış iznini vermeye Sağlık Bakanlığınca yetkilidir. Bu kurum ve kuruluşların açılış izninin verilmesine, üretim ve personel standardına, işleyiş ve denetimi ile daha önce açılmış olan kurum ve kuruluşların durumlarına ilişkin esaslar Sağlık Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.



Neonatal Tarama Programı konulu Genelge ile 2014/7 sayılı ve Yeni Doğan Tarama Programı konulu Genelge'nin de belirtilen hükümler kapsamında düzenlenmiştir. Yeni doğan bebeklerden Topuk kanı alınması konusunda yasallık kriterinin gerçekleştiğine karar veren Anayasa Mahkemesi müdahalenin orantılı ve demokratik toplumda zorunlu olup olmadığını incelemiştir. Buna göre somut başvuru özelinde başvuru Anayasa'nın 17. maddesi çerçevesindeki bireysel yararı ile kamu yararı arasında adil bir dengenin kurulup kurulmadığı incelenmesi Anayasa Mahkemesi tarafından gerekli görülmüştür. Bu bağlamda yeni doğan bebeklerin “metabolik hastalıklar bakımından gerekli testlerden geçirilmesi, risk taşıyanların belirlenmesi ve gerekli tedavi işlemlerinin başlatılarak takibi” öngörülmektedir. Uygulama çocuklarda belirli hastalıklara bağlı olarak zekâ geriliği ve beyin hasarı oluşumunun engellenmesi amacıyla tetkik ve teşhis yapılmasını amaçlamaktadır. Genelge'de hangi amaçlarla kan alınacağı ve bebeklerin sağlıklarının olumsuz etkilenmemesi amacıyla kan alma zamanı, kan alma bölgesi, kan alma işlemi öncesindeki hazırlık süreci, kan alma işlemi ve kan alındıktan sonraki süreç hakkında, bunun yanı sıra yapılacak tetkikler, sonuçların değerlendirilmesi ve sonuçları hastalık yönünden şüpheli çıkan bebeklerin ilgili kliniklere sevki ile bu bebeklerin takibi hususunda ayrıntılı düzenlemelere yer verildiği görev alan personelin eğitimleri ve bilgi güncellemelerinin yapılması da yer almaktadır. Bunun karşısında zorunlu topuk kanı uygulamasının sağlık açısından bir soruna yol açtığına ilişkin bir iddianın da ileri sürülmediği görülmektedir. İki yarar dengelendiğinde Anayasa Mahkemesi keyfilik içermeyen düzenlemenin demokratik toplumda gerekli ve ölçülü olduğuna karar vermiştir.

Türk hukukunda yasallık konusundaki diğer kararlar<sup>52</sup>, da aynı sonuca küçük farklarla ulaşmıştır. Salgın hastalık karşısında ve çocuk aşıları

<sup>52</sup>SALİH GÖKALP SEZER BAŞVURUSU Başvuru Numarası: 2014/5629, 21/11/2017. bebeklik dönemi aşı uygulaması bebeğin ebeveyni tarafından reddedilmiş ve mahkemece tıbbi tedbir uygulanmıştır. Anayasa Mahkemesi kanunda açık düzenleme olmadığı için ihlal kararı vermiştir. (Hepatit B- otizme ya da hiperaktiviteye neden olduğu için)- yasallık ihlal- İlave olarak-Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin de Anayasa'nın ikinci kısmının ikinci bölümünde yer alan bir temel hakka yönelik sınırlandırma ve müdahale açısından dayanak olamayacağı açıktır. ESMA FATIMA KIZILSU VE RUKİYYE ERVA KIZILSU BAŞVURUSU Başvuru Numarası: 2013/7246, 23/3/2016. ailesi bebeklik aşılarına izin vermediği halde mahkemece tıbbi müdahale ile aşı yapılması kanuni düzenleme olmadığı için ihlal. yasallık -İhlal İlave olarak-Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin de Anayasa'nın ikinci kısmının ikinci bölümünde yer alan bir temel hakka yönelik sınırlandırma ve müdahale açısından dayanak olamayacağı açıktır.

konusunda Türk hukukunda yargının ve öğretinin ortaya koyduğu sonuç kanunilik ilkesinin yerine getirilmediği şeklindedir.

### **B-HAKLI SEBEP- MEŞRU AMAÇ**

Sınırlama sebeplerinin mantığı hürriyetlerin yasa ile sınırlanmasının ve yukarıda da belirtilen sebeplerle yasama organına duyulan güvenin sınırıdır. Hürriyetlerin sınırlanması için yasama organına güvenilmektedir. Ama yasama organı da ancak belli sebeplerle hürriyetleri sınırlandırabilecektir. Bu durum hürriyetlerin ancak haklı sebeplerle niteliğine uygun sebeplerle sınırlanması gerektiği düşüncesi ile de örtüşür. Bu bağlamda sınırlama sebepleri ne kadar az ise hürriyet alanı o kadar geniş olacaktır.

Zorunlu aşılanmanın bireyin beden bütünlüğüne, eğitim hakkına, özel hayatına, din ve vicdan hürriyetine, çalışma hakkına müdahale oluşturabileceği açıktır. Bu müdahalenin meşru amacı hem anayasalarda hem de uluslararası belgelerde farklı şekillerde düzenlenebilir. Bunlar genel sağlık, başkalarının haklarının korunması, ekonomik refahın korunması, kamu düzeni, çocukların korunması şeklinde farklılaşabilir.

1982 Anayasasında bireyin maddi ve manevi bütünlüğü bakımından tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı hallerden söz edilmektedir. Tıbbi zorunluluklar bakımından hem ulusal hem de uluslararası düzenlemelere gitmek gerekir. Kanunda yazılı hallerde bireyin maddi ve manevi bütünlüğüne dokunma ise bu alandaki güvenceyi yasama organına bırakmak anlamına gelir ve bu da son derece geniş bir yetkidir.

### **Sınırlama sebebi belirtilmeyen hak ve özgürlükler sınırlanabilir mi?**

Bu konuda öğretilerde bir fikir birliği yoktur. Anayasa Mahkemesi kararlarında da tam anlamıyla yeknesak bir içtihat yoktur.

Pozitivist hukukçular, sınırlama sebebi olmayan hürriyetlerin sınırlanamayacağını ifade etmekte ve bazı Anayasa Mahkemesi kararları ile de bu bakış açısı desteklenmektedir. Fazıl Sağlam ın değerli çalışması “Temel Hakların Sınırlanması ve Özü” adlı çalışmasında ayrıntılı olarak aktardığı gibi bir hakkın sınırlama sebebinin olmaması onun sınırlanamayacağı anlamına gelmez. Buna göre;

“Bu durumda, hiç sınırlama sebebinin belirtilmediği hak ve özgürlüklerde ya da bazı sınırlama sebeplerinin özgürlüğün özel maddesinde yer almadığı durumlarda özgürlüğün kullanımının arizi veya tesadüfi olup olmadığına bakılarak norm alanı belirlenecektir.

Öyleyse, Anayasada özel sınırlama sebebinin belirtilmediği sözleşme özgürlüğü hükmü karşısında konusu ve amacı genel ahlaka aykırı sözleşmeler sözleşme özgürlüğünün nesnel koruma alanı ile spesifik bağlantı içinde olmayan, yalnızca arizi yada tesadüfi bağlantı olarak ortaya çıkan kullanım biçimi olduğu için Anayasal koruma alanı içinde değerlendirilemeyeceklerdir<sup>53</sup>.

Ayrıca, temel hak ve özgürlükler, nesnel sınırları yanında başka temel hak ve özgürlük alanıyla çatıştığı oranda pratik uyum ilkesinin sonucu olarak ayrı bir sınırlamayla karşı karşıya kalınacaktır. Pratik uyum ilkesi, çatışan haklar ya da anayasal normlardan her birine optimal normatif etki tanınmasıdır ve bu durumda çatışan haklardan her biri belli ölçüde sınırlamaya uğrar<sup>54</sup>.”

Anayasada özel sınırlama sebebinin belirtilmediği sözleşme özgürlüğü hükmü karşısında konusu ve amacı genel ahlaka aykırı sözleşmeler sözleşme özgürlüğünün nesnel koruma alanı ile spesifik bağlantı içinde olmayan, yalnızca arizi yada tesadüfi bağlantı olarak ortaya çıkan kullanım biçimi olduğu için anayasal koruma alanı içinde değerlendirilemeyeceklerdir<sup>55</sup>.

Anayasa Mahkemesi işyerlerinin eski hükümlü ve engelli işçi çalıştırma yükümlülüğünü düzenleyen yasanın anayasaya uygunluğunu denetlediği kararında çalışma ve sözleşme hürriyetinin sınırlama sebeplerinin olmamasını hakkın sınırlanmayacağı şeklinde yorumlamamış ve itirazı reddetmiştir<sup>56</sup>.

“Özürü ve eski hükümlü çalıştırma yükümlülüğü, ruhsal veya fiziksel açıdan yetersizliği nedeniyle yahut işlemiş olduğu bir suç dolayısıyla aldığı

<sup>53</sup> F. Sağlam, “2001 Yılı Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar ve Bunların Çözüm Olanakları”, **Anayasa Yargısı**, **19**, Ankara, 2002, s. 292-293. Sağlam çalışmasında, karantina bölgesinde toplantı veya ayin yapmak, isteyenin istediği yerde kurban kesmesi gibi özgürlüklerin arizi ve tesadüfi kullanımlarına örnekler vermektedir. Cf. K. Gözler, “Anayasa değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri”, **Ankara Barosu Dergisi**, S. 2001/4, yıl, 59, s. 64 vd.

<sup>54</sup> F. Sağlam, “2001 Yılı Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar ve Bunların Çözüm Olanakları”, **Anayasa Yargısı**, **19**, Ankara, 2002, s.291. F. Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, s. 39 vd.

<sup>55</sup> F. Sağlam, “2001 Yılı Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar ve Bunların Çözüm Olanakları”, **Anayasa Yargısı**, **19**, Ankara, 2002, s. 292-293. Sağlam çalışmasında, karantina bölgesinde toplantı veya ayin yapmak, isteyenin istediği yerde kurban kesmesi gibi özgürlüklerin arizi ve tesadüfi kullanımlarına örnekler vermektedir. Cf. K. Gözler, “Anayasa değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri”, **Ankara Barosu Dergisi**, S. 2001/4, yıl, 59, s. 64 vd.

<sup>56</sup> E. 2006/101, K. 2008/126, K.T. 19.6.2008, R.G. 19.11.2008-27059

cezadan dolayı iş bulma imkanını önemli ölçüde yitirenleri koruma düşüncesine dayanmaktadır. Kuralla getirilen yükümlülük, özürlü ve eski hükümlü olmalarından dolayı çalışma hayatında dezavantajlı konumda olan kişilerin çalışma hayatına kazandırılarak insan onuruna yaraşır hayat sürmelerini amaçladığından Anayasa'nın 2. maddesindeki sosyal devlet ilkesinin bir sonucudur...özel ve kamu ayırımı yapılmaksızın özürlü ve eski hükümlü çalıştırılma zorunluluğu öngörülen kuralın, sosyal amaçları gözettiği ve sosyal devlet ilkesinin bir sonucu olduğu, ayrıca kuralda özel kesim açısından bir ölçüsüzlükten de söz edilemeyeceği anlaşılmaktadır.”

Terör suçlarında müdafî sayısına yasa ile sınırlama getirilmesine ilişkin düzenleme Anayasa Mahkemesi tarafından anayasaya uygun bulunmuştur. Adil yargılanma hakkına ilişkin anayasanın 36. maddesinde hiçbir sınırlama sebebi olmamasına rağmen:

“Anayasa'nın 36. maddesinde, adil yargılanma hakkı için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olmakla birlikte özel sınırlama nedeni öngörülmemiş hakların da hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırlarının bulunduğu kabul edilmektedir. Öte yandan Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan kurallara dayanarak da bu hakların sınırlandırılması mümkündür. Bu bağlamda adil yargılanma hakkının kapsamı belirlenirken davaların mümkün olan süratle sonuçlandırılmasını öngören Anayasa'nın 141. maddesinin de gözetilmesi gerekmektedir. Ancak adil yargılanma hakkına getirilen sınırlamalar hiçbir şekilde Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan güvencelere aykırı olamaz.”

Anayasa Mahkemesi asker kişilerin lojmanda özel hayatına sınır getiren yasal düzenleme anayasaya uygun bulunurken kullanılan gerekçelerden biri de şu şekildedir<sup>57</sup>:

“Anayasa'nın 20. maddesinin ikinci fıkrasında, çeşitli nedenlerle özel hayatın korunması hakkına sınırlamalar getirilebileceği belirtilerek bu hakkın mutlak olmadığı kabul edilmiştir. Anayasa Mahkemesinin birçok kararında da belirtildiği gibi temel hak ve hürriyetlerin doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunduğu gibi Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan kurallar da temel hak ve hürriyetlerin doğal sınırını oluşturur. Bir başka deyişle, temel hak ve özgürlüklerin kapsamının ve objektif uygulama alanının her bir norm yönünden bağımsız olarak değil Anayasa'nın bütünü içerisindeki anlama göre belirlenmesi gerekir. Dolayısıyla Anayasa'nın diğer hükümlerinin gerektirmesi nedeniyle düzenlendiği maddede hiçbir sınırlama nedenine yer verilmeyen hakların da sınırlanabilmesi veya

<sup>57</sup> E. 2014/176, K. 2015/53, K.T. 27.5.2015, R.G. 26.6.2015-29398  
YÜHFD Cilt: XIX Özel Sayı (2022)

maddelerinde belirtilen nedenler dışında diğer anayasal nedenlere dayalı olarak sınırlama yapılabilmesi mümkün bulunmaktadır.”

Anayasa'nın farklı hükümlerinden hareketle seyahat hürriyetinin sınırlanması öğretide kabul edilmektedir<sup>58</sup>.

İHAS a paralel olarak Anayasanın özel hayat hakkına ilişkin hükme gidildiğinde ise sınırlama sebepleri artmaktadır: milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması, başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması sınırlama sebepleri olarak sayılmıştır. İHAS madde 8 de tüm bu sebeplere ilave olarak “ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması” da eklenmiştir.

İHAM daki sınırlama sebepleri mi Ovideo Sözleşmesindeki sınırlama sebepleri mi?

Burada sorun bireyin maddi ve manevi varlığına ve özel hayatına toplumu ve devleti korumak adına müdahale edilebilip edilemeyeceğidir. Bu bağlamda Ovideo sözleşmesinde yer alan sınırlama sebepleri<sup>59</sup> ve İHAM da

<sup>58</sup> S. Esen, *Anayasa Hukuku Açısından Dolaşım Özgürlüğü, Yetkin*, Ankara, 2014, s. 160.

<sup>59</sup> Maddenin açıklayıcı raporu:

Madde 26 – Hakların Kullanımına İlişkin Kısıtlamalar  
Paragraf 1

148. Bu madde, Sözleşme'nin tüm hükümlerinde yer alan haklara ve koruyucu hükümlere ilişkin olası istisnaları, şu veya bu Maddenin içerebileceği herhangi bir özel kısıtlamaya hanel getirmeksizin listeler.

149. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinin 2. paragrafının hükümlerini kısmen yansıtmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinin 2. paragrafında yapılan istisnaların tümü bu Sözleşme ile ilgili olarak değerlendirilmemiştir. Maddede tanımlanan istisnalar, toplu çıkarların (kamu güvenliği, suçun önlenmesi ve kamu sağlığının korunması) veya başkalarının hak veya özgürlüklerinin korunmasına yöneliktir.

150. Ciddi bulaşıcı hastalığı olan bir hastanın gerektiğinde zorunlu tecrit edilmesi, halk sağlığının korunması nedeniyle tipik bir istisna örneğidir.

151. Ruhsal bozukluğu nedeniyle başkalarına ciddi zarar verme olasılığı bulunan bir kişi, yasaya göre, rızası olmadan bir miktar hapsedilebilir veya tedaviye tabi tutulabilir. Burada, 7. maddede öngörülen hallere ek olarak, diğer kişilerin hak ve özgürlüklerini korumak amacıyla kısıtlama uygulanabilir.

152. Başkalarının haklarının korunması, örneğin, bir adli makamın ebeveynlik tespiti için bir test yapılması yönündeki emrini de haklı kılabilir.

153. Suç soruşturması ile bağlantılı kişilerin kimliklerinin belirlenmesi için genetik değerlendirmelerin (DNA testleri) kullanılması da haklı görülebilir.

154. Bazı mevzuatlar, bu tür bir tedaviyi gerçekleştirmediği takdirde yargılanmaya uygun olmayan bir sanığın, sanığın uygun bir savunma yapmasını sağlamak amacıyla mahkeme kararıyla psikiyatrik tedavisini öngörmektedir. Uygun güvencelerle birlikte mahkeme emriyle yapılan bu tür muamele, demokratik bir toplumda adaletin adil yönetimi ("suçun

yer alan sınırlama sebepleri arasındaki farklılaşmalar temelinde karşımıza çıkabilir. Özellikle, İHAS madde 8/2 deki sınırlama sebepleri “ulusal güvenlik, kamu emniyeti ya da ülkenin ekonomik refahı, düzensizliğin ya da suçun önlenmesi, sağlığın ya da ahlakın korunması ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması” olarak sayılmaktadır. Ovideo Sözleşmesi

önlenmesi") için gerekli önlemlere atıfta bulunan 26. Madde kapsamında ilgili olarak değerlendirilebilir. sanığın savunması.

155. Hastanın sağlığının korunması, bu paragrafta, bir bütün olarak Sözleşme hükümlerine istisna yapılmasını haklı kılan faktörlerden biri olarak belirtilmemiştir. Kapsamını netleştirmek için, bu istisnayı açıkça ima eden hükümlerin her birinde tanımlamak tercih edilebilir görünüyordu. Örneğin, 7. madde, sağlıkları başka türlü ciddi şekilde zarar görebilirse, akıl hastalığı olan bireylerin, rızaları olmadan tedavi görebilecekleri koşulları belirtir.

**156. Ayrıca, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinin aksine, ülkenin ekonomik refahını, kamu düzenini veya ahlakını ve ulusal güvenliği savunmak bu maddenin birinci fıkrasında belirtilen genel istisnalar arasında yer almaz. Bu Sözleşme bağlamında, bir kişinin sağlık alanındaki haklarının korunmasıyla ilgili temel hakların kullanılmasının, ülkenin ekonomik refahına, kamu düzenine, ya da ulusal güvenliğe ahlaka bağlı olarak yapılması arzu edilir görünmedi.**

157. Bununla birlikte, ekonomik yön, Madde 3'te "mevcut kaynaklar" ifadesi ile ifade edilmektedir; ancak, bu madde anlamında bu kavram, Sözleşme'nin diğer hükümlerinde güvence altına alınan haklara istisna getirilmesine izin vermek için bir neden teşkil etmemektedir.

158. Savaş ve silahlı çatışma da olası istisnalar olarak reddedildi. Bununla birlikte, bu, yasanın, o özel bağlamda halk sağlığını korumayı amaçlayan orduda belirli önlemler alınmasını engellemek anlamına gelmez.

159. 26.1. maddede belirtilen nedenler, Sözleşme ile güvence altına alınan haklara mutlak bir istisna yapılmasını haklı kılacak nitelikte görülmemelidir. Kısıtlamaların kabul edilebilir olması için kanunla öngörülmüş olması ve demokratik bir toplumda söz konusu toplu menfaatin veya bireysel menfaatlerin, yani başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli olması gerekir. Bu koşulların, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadının aynı kavramlara göre oluşturduğu kriterler ışığında yorumlanması gerekmektedir. Özellikle kısıtlamalar, her Devlete özgü sosyal ve kültürel koşullar dikkate alınarak gereklilik, orantılılık ve ikincillik kriterlerini karşılamalıdır. "Yasanın öngördüğü" terimi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından genellikle kendisine verilen anlama göre yorumlanmalıdır, yani resmi bir yasa gerekli değildir ve her Devlet en uygun gördüğü iç hukuk biçimini kabul edebilir.

2. paragraf

160. Maddenin birinci fıkrasında belirtilen kısıtlamalar, ikinci fıkrada belirtilen hükümlere uygulanmaz. Aşağıdaki hükümlerle ilgilidir: Madde 11 (Ayrımcılık yapmama), Madde 13 (İnsan genomuna müdahaleler), Madde 14 (Cinsiyet seçmeme), Madde 16 (Araştırmaya tabi tutulan kişilerin korunması), Madde 17 (Gereksiz kişilerin korunması). Araştırmaya rıza göstermek), Madde 19 ve 20 (Nakil amacıyla canlı vericilerden organ ve doku alınması) ve Madde 21 (Maddi kazanç yasağı).

*YÜHFD Cilt: XIX Özel Sayı (2022)*

madde 26 da ise sayılan sınırlama sebepleri “kamu güvenliği, suçun önlenmesi, kamu sağlığının korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması” sınırlama sebepleri olarak sayılmış ve maddede açıkça “başka kısıtlama konulmayacaktır” ifadesi yer almaktadır. Bu durumda ulusal güvenlik, ahlakın korunması ve ülkenin ekonomik refahı ve düzensizliğin önlenmesi özel hayat hakkı bakımından sınırlama sebebi olmayacaktır. Aslında sözleşmenin 2. Madde düzenlemesi dikkate alındığında madde 26 ile de örtüştüğü görülür. İnsanın önceliği başlığını taşıyan madde “İnsanın menfaatleri ve refahı, bilim veya toplumun menfaatlerinin üstünde tutulacaktır.” hükmüne yer vermektedir. Aynı yorum çocuk hakları için de geçerlidir.

Soruna çatışan sözleşmeler bakımından bakıldığında öncelikle tarafların aynı olup olmadığı tesbit edilmelidir. Her iki sözleşme de Avrupa Konseyi tarafından hazırlanmış ve imzaya sunulmuştur. Yani taraflar aynıdır. Tarafları aynı olan antlaşmalarda sonraki kural öncekini ortadan kaldırır prensibi gereği sonraki tarihli Ovideo Sözleşmesinin esasa alınması gerekir. Ayrıca spesifik bir alana özgülendiği için Ovideo sözleşmesinin getirdiği hükümler özel hüküm olarak da değerlendirilmelidir<sup>60</sup>. Bu tür bir yorum hem İHAS’ın mantığına hem de özgürlükçü yorum esaslarına uygundur<sup>61</sup>. Sonuç olarak, zorunlu aşı konusunda sınırlama sebepleri Ovideo sözleşmesi esas alınarak belirlenmelidir.

Aşılama sınırlama sebeplerine ilişkin İHAM ve İHAKomisyonu Kararları-

### **Boffa ve diğerleri/San Marino (k.k.),<sup>62</sup>**

İnsan Hakları Avrupa Komisyonu önüne getirilen başvuru zorunlu Hepatit B aşısının yaşam hakkı, kişi güvenliği, özel hayat hakkı ve bilgiye ulaşma hakkı bakımından ihlal oluşturduğunu iddia etmişlerdir. Usuli sebeplerde reddedilen diğer başvuruçulara rağmen komisyon yaşam hakkına ilişkin bir ihlal olmadığını işaret etmiştir. Gerekece ise çocuğun üzerinde hayatı bir risk oluşturduğuna ilişkin delil sunulmamasıdır. 8. madde ihlali iddialarında ise, ceza tehdidi ile herhangi bir tıbbi tedaviye veya somut olayda aşı olmaya zorlamanın özel hayata saygı hakkına müdahale olabileceğini belirtmiştir. Mahkemeye göre, çoğu ülkede olduğu gibi, bireyi

<sup>60</sup> H. Pazarıcı, Uluslararası Hukuk, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, s. 94.

<sup>61</sup> İHAS Madde 53 – Tanınan insan haklarının korunması

Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbiri, herhangi bir Yüksek Sözleşmeci Tarafın yasalarına ve onun taraf olduğu başka bir Sözleşmeye göre tanınabilecek insan haklarını ve temel özgürlüklerini sınırlayamaz, ya da onlara aykırı düşecek şekilde yorumlanamaz.

<sup>62</sup> B. No: 26536/95, 15/1/1998, § 4;

kendi yaşamının tehlike oluşturmadığı durumlarda genel çıkarı gözetmek ve başkalarının sağlığını tehlikeye atmamakla yükümlü kılan aşı kampanyaları, devlete bırakılan takdir yetkisini aşamaz. Ancak somut durumda müdahalenin meşru amaçlara dayandığı (kamu sağlığı, başkalarının hakları) kanunla öngörüldüğü ve amaçla orantılı olduğuna karar verilmiştir. Parlamento tartışmalarına müdahale edilmediğinden hareketle 10. Madde talebi de reddedilmiştir. Oybirliği ile başvuru komisyon tarafından kabul edilemez bulunmuştur.

### **Solomakhin/Ukrayna,<sup>63</sup>**

Kararda kendisine zorla difteri aşısı yapıldığı için bir dizi hastalığa yol açtığı iddialarının mahkeme tarafından reddedildiği ve hastalıklarının aşı ile ilgisinin olmadığı belirlenen başvurucu hakkında 8. Maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Mahkeme bunu yaparken önemli tesbitlerde bulunmuştur. İlki aşının vücut bütünlüğüne müdahale olduğu bu alanın bireyin en mahrem alanı olduğu ve özel hayat hakkı bağlamında 8. Madde koruması altında bulunduğunu belirtmektedir. Aşılamanın kanunla düzenlendiği<sup>64</sup> de belirtilmiştir. Bölgeye difteriye sık rastlanması sebebiyle aşılama konusunda haklı bir sebep bulunduğu kanaatine de varmıştır. Aşı için test yapıldığı, her ne kadar aşılama aşı odasında değilse de hekim nezaretinde uzman hemşire tarafından uygulanması da gerekli tedbirlerin alındığına ilişkin hususlar olarak kabul edilmiştir. Mahkeme bu noktada başvurusunun kişisel bütünlüğü ile halkın sağlığını korumaya yönelik kamu yararı arasındaki çıkar dengesinin kamu yararı lehine bozulduğu kanaatindedir. Mahkeme başvurusunun aşuya neden itiraz ettiği net olarak ortaya konulamamış ve tüm iddialar tıbbi yetkililer tarafından raporlarla asılsız bulunmuştur. Buna karşılık başvuru bir delil ortaya koyamamıştır. Mahkeme 8. Maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

1982 Anayasası olağan koşullarda sokağa çıkma yasağı, karantina ilan etmek anayasa ile sınırlama sebeplerinin olmaması bakımından sorunludur. Olağanüstü hal bakımından ise bu durum sınır oluşturmamaktadır. Pandemi sürecinde Türkiye de OHAL ilan edilmemiştir. Türkiye'nin aksine pandemi döneminde Arnavutluk, Ermenistan, Estonya, Gürcistan, Litvanya, Makedonya, Moldova, Romanya, San Marino ve Sırbistan OHAL ilan

<sup>63</sup> B. No: 24429/03, 15/3/2012, §§ 33-38. Final 24.09.20124.

<sup>64</sup> 1994 tarihli Sağlık Bakımı ve Hastalıkların Kontrolü Kanununun 27. maddesi uyarınca, difteri önleyici aşılamanın zorunlu olduğunu ve bu aşının prosedürünü ve şartlarını belirlemek için Halk Sağlığı Bakanlığı'nın görevlendirildiğini kaydetmişlerdir. Bakanlık bunu kendi yönergelerinde yapmıştır (Sipariş No. 14, 25 Ocak 1996).



etmişler ve Sözleşmenin 15. Maddesi bağlamında derogasyon talebinde bulunmuşlardır. Bu durumda aşya ilişkin sorunlarda OHAL ‘in hukuki rejiminin uygulanması mümkün değildir.

### **C-DEMOKRATİK BİR TOPLUMDA ZORUNLU OLMA ve ÖLÇÜLÜLÜK**

1982 Anayasasının 13. 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 laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”

Bilindiği gibi demokratik toplum düzeninin gerekleri kriteri İHAS dan alınmış ve hukuk sistemimize entegre edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi demokratik toplum düzeninin gerekleri kriterini öz ve orantılılık ilkesi ile harmanlayarak kullanmaktadır:

“Çağdaş demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına aldığı rejimlerdir. Temel hak ve özgürlükleri büyük ölçüde kısıtlayan ve kullanılamaz hale getiren kısıtlamalar hakkın özüne dokunur. Temel hak ve özgürlüklere getirilen kısıtlamaların yalnız ölçüsü değil, koşulları, nedeni yöntemi, kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları hep demokratik toplum düzeni kavramı içinde değerlendirilmelidir. Özgürlükler, ancak anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen nedenlerle ve demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olduğu ölçüde sınırlanabilir<sup>65</sup>.”

“Amaç ve sınırlama orantısının korunmasıyla ilgili ölçülülük temel ilkesinin alt ilkeleri olan, yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olup olmadığını tespitine yönelik elverişlilik, sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşma bakımından zorunlu olup olmadığını arayan gereklilik, ayrıca amaç ve aracın ölçüsüz bir oranı kapsayıp kapsamadığını, bu yolla ölçüsüz bir yükümlülük getirip getirmediğini belirleyen oranlılık ilkeleriyle çatışan sınırlamalar<sup>66</sup>.”

İHAM demokratik toplumda gereklilik değerlendirmesini “zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaç” üzerinden belirlemektedir.

Vavřička ve Diğerleri kararında da sözkonusu hakka müdahale, “acil bir toplumsal ihtiyaca” cevap veriyorsa ve özellikle ulusal makamlar tarafından gerekçelendirilmek üzere ileri sürülen argümanlar “ilgili ve yeterliyse” ve izlenen meşru amaçla orantılı ise, meşru bir amaca ulaşmak için

<sup>65</sup> E.2002/112, K.2003/33, K.T. 10.4.2003, **AYMKD.39/I**, s.489 vd.

<sup>66</sup> E. 1988/50, K.1989/27, K.T. 23.6.1989, **R.G.4.10.1989**, S.20302.

“demokratik bir toplumda gerekli” kabul edileceği değerlendirilmesini yapmıştır.

İHAS sisteminin ikincil niteliği ve ulusal takdir marjının belli faktörlere dayanarak farklılaşması İHAM ın öncelikli olarak bu değerlendirmeyi yapmasını gerekli kılmıştır. Öncelikle zorunlu aşı konusunda devletin takdir marjı nedir sorusu bu sebeple tartışılmıştır.

### **Devletin takdir marjı nedir?**

İHAM ın somut hak ihlalleri önüne geldiğinde devletlerin takdir marjının dar veya geniş belirlenmesi bir çok faktör ile ortaya konulmaktadır. Zorunlu aşı konusunda devletlerin takdir marjının dar mı geniş mi olacağı nasıl belirlenecektir? Devletin takdir marjının dar veya geniş yorumlanması sözkonusu hürriyetin hukuki rejimi bakımından büyük önem taşımaktadır.

Vavříčka kararında Mahkeme, devletlerin sağlık alanında yerel ihtiyaçları belirleme konusunda ilke olarak bir mahkemeden daha iyi konumda olduğunu ve çatışan çıkarların dengelenmesinde Devletlerin yine ilke olarak, bu çıkarları uzlaştırma amacına ulaşmak için en uygun olduğunu, ancak mahkemenin de bu süreci takip ettiğini (ulusal ve mahkemenin denetimi el ele) belirtmektedir. Bu değerlendirme Devletlere genişliği bir dizi faktöre bağlı olan bir takdir marjı tanımaktadır. Buna göre;

**1-Eğer sözkonusu hak, bireyin mahrem veya temel haklardan etkin bir şekilde yararlanması için çok önemli ise bireyin kimliği ve varlığının önemli bir yönünü tehlikeye atıyorsa devletin takdir marjı dar;**

**2-Menfaatin nispi önemi veya onu korumanın en iyi yolu konusunda Sözleşmenin Akit Tarafları arasında bir fikir birliği olmadığında, özellikle davanın hassas ahlaki veya etik meseleleri gündeme getirdiği durumlarda, marj daha geniş olacaktır.** Mahkeme sağlık hakkı alanında devletin takdir marjının geniş olduğunu,

**3- Nihayet, özel çıkarlar ve kamusal çıkarlar veya sözleşme hakları arasında çatışma sözkonusu olduğunda devletin takdir marjının geniş olması gerektiği kanaatindedir.**

**Vavříčka kararında Mahkeme bu verileri somut olaya uyguladığında varılan sonuçlar şu şekildedir:**

**1-Öncelikle tıbbi müdahale söz konusu olduğu için bireyin mahrem hakları alanında bulunmaktadır. (marj dar)**

**2-Ancak yine mahkemeye göre bu ağırlık yerel yasal düzenleme ve uygulamada başvuruların iradesi dışında kimseye zorla herhangi bir aşı yapılmamış olmasını bu ağırlığı hafifleten bir durum olarak görmektedir. Kararın karşıoyunda Yargıç Wojtyczek zorla aşı yapılmasına ilişkin hüküm**

bulunmadığına ilişkin savı “küçük çocuklar genellikle aşya direnirler diyerek eleştirmiştir<sup>67</sup> .

3- Aşılamanın güçlü şekilde desteklenmesi- aşılama yöntemi konusunda fikir birliği olmaması- Mahkeme, taraf devletler ve uluslararası uzman kuruluşlar tarafından aşılamanın **güçlü bir şekilde desteklendiği** ve genel sağlığı korumanın en başarılı ve ergonomik yolu olarak görüldüğü<sup>68</sup> bu sebeple de mümkün olduğunca çok aşılama yapılması gerektiğini belirtmektedir. Mahkemenin belirttiği bir başka husus ise, aşılamaya ilişkin modeller bakımından taraf devletler arasında “**bir fikir birliğinin olmadığı**” argümanıdır<sup>69</sup> . Yine aynı noktadan hareketle Mahkeme çocuk aşılmasını **çağdaş halk sağlığı politikasının temel bir yönü** olarak görmekte ve başlı başına hassas ahlaki veya etik sorunlar oluşturmamasına rağmen, eğer aşılama yasal bir görev haline getirilirse bu tür bir durum olarak algılanabilecektir<sup>70</sup> .

<sup>67</sup> Pg. 12.

<sup>68</sup> Bu husuda da Yargıç Wojtyczek karşıyunda mahkemenin sözleşme kapsamındaki gerçeği araştırma rolünü tartışmıştır. Sözleşmenin 38. Maddesindeki soruşturma yetkisini de işaret ederek mahkemenin içtihat ve yargı uygulamasının, oldukça belirsiz ve muğlak olduğunu örnekleyen yargıç, davanın 47 Yüksek Akit Tarafın tümü için önemli olan genel bir konuyu ilgilendirdiği için, kararı tarafların savunmalarının kalitesine bağlı olmaması gerektiğini, bunun gibi bir davada, maddi hakikat ilkesine ve Mahkemenin bağımsız uzmanlar atama yetkisine güvenmek için güçlü nedenler vardır. Bu tür adımların yokluğunda, son derece tatmin edici olmasa da, geriye kalan seçenek, biçimsel doğruluk ilkesini uygulamak ve davayı taraflarca öne sürülen beyanlar ve kanıtlar temelinde karara bağlamaktır.

<sup>69</sup> Bu bağlamda taraf devletler arasında aşılamanın tamamen tavsiyeye dayanmasından, bir veya daha fazla aşyayı zorunlu kılanlara, bunu yasal bir mesele haline getirenlere kadar uzanan bir politikalar yelpazesi mevcuttur. Somut örnekte Çek Cumhuriyeti bu yelpazenin katı tarafında bulunmaktadır. Fransa, Slovakya ve Polonya’da aynı çizgidedir. Mahkeme gelişmenin daha katı kuralcı olmaya doğru meyilettiğini belirtmektedir.

<sup>70</sup> Yargıç Wojtyczek karşıyunda bu hususu yoğun biçimde eleştirmektedir: “Bu yaklaşımı kabul etmek zordur. Mahkeme, Yerleşik içtihat uyarınca, aşağıdaki faktörlerin, takdir marjının genişletilmesi lehinde ileri sürülebileceğini düşünmektedir:

(i) söz konusu menfaatin görece önemi konusunda Avrupa Konseyine üye devletler arasında fikir birliği olmaması;

(ii) Avrupa Konseyi’ne üye devletler arasında, onu korumanın en iyi yolu konusunda fikir birliği olmaması;

(iii) incelenen davanın hassas ahlaki veya etik sorunları gündeme getirmesi.

Bu arka plana karşı, Avrupa Konseyine üye devletler arasında aşağıdaki konularda geniş bir fikir birliği bulunduğu dikkat edilmelidir:

Kararın karşılığında asıl Avrupa Konseyinde yoğun konsensusun ;

**“(i) bedensel bütünlüğün, istem dışı tıbbi tedaviye karşı korunması gerektiği;**

**(ii) onu korumanın en uygun yönteminin, bu tür müdahaleleri ilgili kişilerin rızasına tabi kılmaktır”** şeklinde olduğu karşı argüman olarak sunulmaktadır.

Ancak Mahkeme , toplumdaki bu duyarlılığın sadece aşırı reddedenlerin bakış açısı ile sınırlı olmadığı kanaatindedir. Ayrıca özellikle belirli hastalıklara karşı savunmasız olanlar da dahil toplumun tüm kesiminin sağlığını korumak adına yapılan bir **“sosyal dayanışma”** olarak görmektedir. Mahkeme bu aşamada Avrupa Konseyinin hakların sorumluluk bilinci ile kullanılmasına işaret eden parlamenterler Assamblesi Yönergesine<sup>71</sup> gönderme yapmaktadır. Sonuç olarak Mahkeme; devletlerin zorunlu aşılama konusundaki takdir marjının geniş olduğu kanaatine varmıştır.

Karşıyda bu husus güçlü argümanlarla Yargıç Wojtyczek tarafından şu şekilde eleştirilmektedir:

“Mevcut dava, ne sağlık hizmetlerine erişim ne de bunların düzenlenme biçimi (pozitif haklar) ile ilgili olup, kişinin kendi vücudunu kullanma özgürlüğü ve rıza dışı tıbbi müdahaleden kurtulma özgürlüğü (negatif haklar) ile ilgilidir. Söz konusu husus, iki veya daha fazla hak arasında doğrudan bir çatışmanın olmadığı ve hak sahibinin müdahaleden muafiyet iddiasında bulunduğu ve herhangi bir pozitif hak iddiasında bulunmadığı bir bağlamda, bireyin en mahrem haklarından etkin bir şekilde yararlanabilmesi için çok önemlidir. İki veya daha fazla hak arasındaki doğrudan çatışma bağlamı dışında dayatılan, kendi bedeni hakkında seçim yapma özgürlüğüne getirilen kısıtlamalar, güçlü gerekçeler gerektirir. Bu alanda, takdir marjı dar ve müdahaleyi haklı gösterecek eşik çok yüksek olmalıdır. Ayrıca, tamamen farklı bir bağlamda, Mahkeme'nin, hayati derecede önemli bir sözleşme hakkı üzerindeki genel, otomatik ve ayırım gözetmeyen bir kısıtlamanın, bu marj ne kadar geniş olursa olsun, kabul edilebilir herhangi bir takdir marjının dışında kalması gerekir”.

### **Demokratik toplumda zorunluluk için acil sosyal ihtiyaç-**

Hem 1982 Anayasasında hem de İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi sisteminde hakkın önemli güvencelerinden biri de “demokratik toplumda zorunlu olma”dır. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi söz konusu kavramı “zorlayıcı toplumsal ihtiyaç” olarak değerlendirmektedir.

<sup>71</sup> 1845(2011) sayılı Yönerge.  
YÜHFD Cilt: XIX Özel Sayı (2022)

**Case of Jehovah's Witnesses of Moscow and others** kararında İHAM salgın hastalık halini demokratik toplumda zorlayıcı toplumsal ihtiyaç olarak örneklemiştir:

“Belirli tıbbi tedaviyi kabul etme veya reddetme veya alternatif bir tedavi şekli seçme özgürlüğü, kendi kaderini tayin etme ve kişisel özerklik ilkeleri için hayati önem taşır. Yetkin bir yetişkin hasta, örneğin ameliyat veya tedavi geçirip geçirmemeye veya aynı şekilde kan nakli yaptırmaya karar vermekte özgürdür. Bununla birlikte, bu özgürlüğün anlamlı olması için, hastaların, bu tür seçimlerin başkalarına ne kadar mantıksız, akılsız veya tedbirsiz görüldüğüne bakılmaksızın, kendi görüş ve değerlerine uygun seçimler yapma hakkına sahip olması gerekir. ... Özgür seçim ve kendi kaderini tayin hakkının bizzat yaşamın temel unsurları olduğu ve üçüncü şahısları koruma ihtiyacına dair herhangi bir belirti – örneğin bir salgın sırasında zorunlu aşılama – bulunmadığında, Devletin bireysel özgürlüklere müdahale etmekten kaçınmalıdır”<sup>72</sup>.

**Solomakhin Kararında** Uluslararası insan hakları hukukundaki temel kuralın, diğer tıbbi müdahaleler gibi aşılamanın da alıcının özgür ve bilgilendirilmiş rızasına dayanması gerektiği işaret edilmiştir. Ancak bu kural mutlak değildir. Solomakhin Ukrayna'ya karşı davasında<sup>73</sup>, Avrupa

<sup>72</sup> Case of Jehovah's Witnesses of Moscow and others v. Russia, (application no. 302/02), 10 June 2010, Final, 22/11/2010, pg. 136.

<sup>73</sup>Donetsk 'de yaşayan başvuru 1964 doğumludur 2010'da kalp krizinden ölmüştür. 1998'de akut solunum yolu sorunu sebebiyle hastaneye gitmiş, ayakta tedavi edilmiştir. Daha sonra hastaneye yaptığı bir başka ziyarette halk sağlığı kanununda zorunlu aşı olarak belirlenen ve o bölgeye yaygın olarak görülen difteri aşısı testi yapılmış ve alerjik reaksiyon göstermemiştir. Ertesi gün kendisine hekim nezaretinde bir hemşire tarafından difteri aşısı yapılmıştır. Üç gün sonra başvuru kişinin sağlık durumunun düzeldiği ve tedavinin olumlu sonuç verdiğini belirten bir hekim tarafından kontrol edilmiştir. (30 Kasım) Başvurucuya 3-4-7 Aralık tarihlerinde trakeobronşit teşhisi konmuştur. 28 Aralık tarihinden itibaren pankreatit, kolesistit, hepatit, kolit gibi bir dizi kronik hastalık için birden fazla sağlık kurumunda yarım yıldan fazla zaman geçirmiştir. Hastalıklarının sebebinin kendisine zorla yapıldığını iddia ettiği aşıdır. Nisan 1999 da aşının sertifikasız olduğundan, son kullanma tarihi geçtiğinden ve uygun olmayan koşullarda saklandığından dolayı aşının kalitesiz olduğundan ve hekimlerin tıbbi raporları tahrif ettiklerinden şikayet etti ve hastaneye karşı tazminat davası açtı. 2000-2003 yılları arasında birçok kez başvuru kişinin iddialarına yönelik tıbbi bilirkişi muayeneleri yapılmıştır. Mahkeme, tıp uzmanlarının vardığı sonuçlara atıfta bulunarak, başvuru kişinin hastalıklarının aşı ile hiçbir nedensel bağlantısı olmadığını tek bağlantılı olacak şeyin aşından 6 ay sonra oluşan ürtiker olabileceğini tespit etmiştir. Tüm iddialar da asılsız bulunmuştur. Aşının da rızası hilafına yapılmadığını reddetme yetkisinin bir yetişkin olarak bulunduğu ilave edilmiştir. Karar 2008 de kesinleşmiştir. 2010 yılında vefat etmiştir.

İnsan Hakları Mahkemesi (Mahkeme), zorunlu aşılamanın bir kişinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 8. maddesi kapsamında korunan vücut bütünlüğü hakkına müdahale ettiğine karar vermiştir. (Difteri salgını) Bununla birlikte, Mahkeme, "bulaşıcı hastalıkların yayılmasını kontrol etme zorunluluğu" olarak değerlendirilirse, bu tür bir müdahalenin haklı olabileceği sonucuna varmıştır.

“ Mahkeme'nin görüşüne göre, başvuranın fiziksel bütünlüğüne yapılan müdahalenin halk sağlığı mülahazaları ve bölgede bulaşıcı hastalıkların yayılmasını kontrol etme gerekliliği ile haklı olduğu söylenebilir. Ayrıca, yerel mahkemenin bulgularına göre, sağlık personeli aşığı gerçekleştirmeden önce aşıya uygunluğunu kontrol etmiştir, bu da tıbbi müdahalenin başvuranın zararına olmayacağından emin olmak için gerekli tedbirlerin alındığını göstermektedir.” Somut olayda aşının özel aşı odasında yapılmaması dışında usule aykırı bir durum saptanmamıştır. Bu da sonucu etkileyen bir durum değildir. Mahkeme 8. Maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir<sup>74</sup>.

### **Demokratik toplumda zorunlu olma çocuk aşıları için de değerlendirilmiştir:**

Mahkemeye göre, çocukluk aşılarında temel tartışmalardan biri aşılama ile ilgili ve talebin azalması sebebiyle oluşan risk olarak birçok platformda dile getirilmektedir<sup>75</sup>. Aşılamanın oranının düşmesi ve kapsamının azalmasıyla ilgili riskler dikkate alındığında çocuklar arasında aşılamanın azalması eğilimine karşı önlem olarak yasal düzenleme getirilmiştir.

Bu konuda Venedik 2010 projesi kapsamında yapılan araştırmalar her zaman bizi Mahkemenin dayandığı gerekçeye götürmemektedir<sup>76</sup>. ABD için doğru olan bu değerlendirme Avrupa ülkeleri için her zaman doğru değildir<sup>77</sup>. Üç çocukluk aşısı konusunda aşının zorunlu olduğu ve tavsiye

<sup>74</sup> Case of Solomakhin v. Ukraine App. no. 24429/03, Pg. 36. Final, 24/09/2012

<sup>75</sup> Pg. 283.

<sup>76</sup> <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7011108/>, erişim tarihi 22.10.2021

<sup>77</sup> Zorunlu aşı, zorunlu aşı olmayan ülkelerle karşılaştırıldığında, kızamık aşısı için yüzde 3,71 ve boğmaca aşısı için yüzde 2,14'lük bir farkla ilişkilendirildi (kızamık: 3,71 [%95 güven aralığı (GA): 1,68 ila 5,74]; boğmaca : 2,14 [95% CI: 0.13 ila 4.15]; Tablo 1, Şekil 2). Muafiyetsiz zorunlu aşılama, kızamık için yüzde 3,80 ve boğmaca aşısı için yüzde 2,07 puanlık bir farkla ilişkilendirildi (kızamık: 3,80 [%95 GA: 1,23 ila 6,37]; boğmaca: 2,07 [%95 GA: -1,74 ila 5,89]) . Araştırmada incelenen 29 Avrupa ülkesinden 7'si zorunlu aşılamayı tercih etmektedir.

Ebeveynler tarafından uyumsuzluk nedeniyle para cezası uygulayan ülkeler arasında, mümkün olan maksimum cezadaki her 500 €'lük artış, kızamık aşısı kapsamı için 0,8 YÜHFD Cilt: XIX Özel Sayı (2022)

edildiği ülkeler arasındaki yapılan değerlendirmeler karşılaştırıldığında zorunlu aşının olduğu örnekler her zaman aşılama oranının en yüksek olduğu ülkeler olmamıştır<sup>78</sup>. Yedisinin zorunlu aşılama kabul ettiği 29 Avrupa ülkesinde yapılan araştırmalar en yüksek aşılama oranlarının zorunlu aşının olmadığı Norveç, Hollanda ve Estonya’ da olduğunu işaret etmektedir<sup>79</sup>. Bu değerlendirme aşılama oranlarının yüksek olmasında zorunlu aşı dışında başka faktörlerin de etkili olduğunu göstermektedir.

Karşıyda Yargıç Wojtyczek zorunlu aşılamanın aşılama oranını arttırdığı argümanını eleştirmektedir:

“Pek çok Devlette, sağlık politikasının hedeflerine aşılama zorunluluğu getirilmeden açıkça ulaşılabileceği gerçeği, daha az kısıtlayıcı araçların gerçekten mevcut olduğu ve tartışmalı müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olmadığı konusunda çok güçlü bir argümandır. Çoğunluğun “daha az kısıtlayıcı alternatif” testini bu ret için daha fazla açıklama yapmadan açıkça reddetmesi, başvuruçuların bu test kapsamındaki puanlarının uygulanmış olması gerektiği izlenimini vermektedir.<sup>80</sup>”

Yargıç Wojtyczek ‘e göre, somut olayda acil bir sosyal ihtiyaç göstermek ve söz konusu hastalıkların her biri için aşılama yükümlülüğünü haklı kılan ilgili ve yeterli nedenleri sağlamak Hükümet'e ait bir

---

puanlı bir artışla (%95 GA: 0,50 ila 1,15;  $P \leq 0,0001$ ) ilişkilendirilmiştir. Boğmaca aşısı kapsamı için yüzde 1,1 puan (%95 GA: 0,95 ila 1,30;  $P \leq 0,0001$ ).  
<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7011108/>, erişim tarihi 22.10.2021

<sup>78</sup> [http://www.asset-scienceinsociety.eu/reports/pdf/asset\\_dataviz\\_I.pdf](http://www.asset-scienceinsociety.eu/reports/pdf/asset_dataviz_I.pdf), erişim tarihi 22.10.2021.

<sup>79</sup> Hastalık İnsidansı ve Politikayla İlişkisi:

Kızamık için Bulgaristan, yılda 100.000 kişi başına 32,9 vaka ile en yüksek insidansa sahipti (Şekil 1B). %95 CI sıfırı geçmesine rağmen (düzeltilmiş insidans oranı  $aIRR$ ) = 0,38; %95 GA: 0,13 ila 1,16) zorunlu aşılama olan ülkeler, zorunlu aşı olmayan ülkelere karşılaştırıldığında daha düşük kızamık insidans oranları yaşadı. Tıbbi olmayan muafiyet olasılığı olmaksızın zorunlu aşılama olan ülkelere, zorunlu aşılama yapılmayan ülkelere göre %86 daha düşük hastalık insidansı vardı ( $aIRR$  = 0.14; %95 CI: 0.05 ila 0.36). Mali bir cezanın varlığı, daha düşük kızamık insidans oranları ile ilişkilendirildi ( $aIRR$  = 0.14; %95 GA: 0.05 ila 0.39).

Norveç, yılda 100.000 kişi başına 73,6 vaka ile en yüksek boğmaca insidansına sahipti (Şekil 1A). %95 CI sıfırı geçmesine rağmen ( $aIRR$  = 0.30; %95 CI: 0.07 ila 1.30), zorunlu aşı olan ülkelere boğmaca insidansı, zorunlu aşı olmayan ülkelere göre %70 daha düşüktü. Tıbbi olmayan muafiyet olasılığı olmayan zorunlu aşıları olan ülkelere, zorunlu aşılama politikaları olmayan ülkelere benzer insidans oranları vardı ( $aIRR$  = 1.04; %95 CI: 0.18 ila 6.32) (Tablo 2). Mali bir cezanın varlığı, boğmaca insidansının daha düşük olmasıyla ilişkilendirildi ( $aIRR$  = 0,42; %95 GA: 0,18 ila 0,98),  
<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7011108/>, erişim tarihi 22.10.2021.

<sup>80</sup> Pg. 14.

yükümlülüktür. Ayrıca Yargıç Wojtyczek, Mahkemenin mevcut içtihadı rıza dışı tıbbi müdahaleye maruz kalmama özgürlüğüne yönelik herhangi bir müdahalenin güçlü bir gerekçe gerektirdiğini ve taraf devletlere bırakılan takdir marjının dar olduğunu da belirtmektedir. Somut olayda beden bütünlüğüne yapılan müdahale için devletin takdir yetkisinin dar olduğu ve müdahalenin haklılığını ispat yükünün hükümete ait olduğu taraflarca düşünülmüş olabilir.

### **Devletin aldığı tedbir yani müdahale ilgili ve yeterli mi?**

Mahkeme, **özellikle çocukluk aşılarının etkinliği ve güvenliği açısından**, bu politika seçiminin altında yatan ağır halk sağlığı gerekçesini zaten kabul etmiştir. Avrupa Devletleri tarafından benimsenen tek veya en yaygın model zorunlu aşılama sistemi olmasa da, Mahkeme, sağlık hizmetleri politikası meselelerinde, öncelikleri, aşılama ve aşılama değerlendirmek için en iyi konumda olanın yerel makamlar olduğunu yineler.

Mahkeme bu bağlamda “**çocuğun yüksek yararı**” kavramına gönderme yapmaktadır. Çocuğun yüksek yararını koruma yetkisinin ebeveynde olması ve devletin ancak aşırı hallerde müdahale etmesi gerektiği itirazını reddederken, **Çocuk Hakları Sözleşmesinin 3. Maddesine ve 15 numaralı genel yorum**<sup>81</sup>a da dayanarak, üye devletin çocuğun üstün yararını korumasını anladığını belirtmiştir<sup>82</sup>.

<sup>81</sup> Çocuk Hakları Sözleşmesi: Madde 3 /1 Çocuklara ilişkin olarak kamusal ya da özel sosyal yardım kurumları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan bütün tasarruflarda, **çocuğun yüksek yararı** öncelikli olarak göz önünde bulundurulacaktır. Madde 24/1 Taraf Devletler, çocuğun olabilecek en iyi sağlık düzeyine kavuşma, tıbbi bakım ve rehabilitasyon hizmetlerini veren kuruluşlardan yararlanma hakkını tanırlar. Taraf Devletler, hiçbir çocuğun bu tür tıbbi bakım hizmetlerinden yararlanma hakkından yoksun bırakılmamasını güvence altına almak için çaba gösterirler. 2 Taraf Devletler, bu hakkın tam olarak uygulanmasını takip ederler ve özellikle: a Bebek ve çocuk ölüm oranlarının düşürülmesi; b Bütün çocuklara gerekli tıbbi yardımın ve tıbbi bakımın; temel sağlık hizmetlerinin geliştirilmesine önem verilerek sağlanması; c Temel sağlık hizmetleri çerçevesinde ve başka olanakların yanı sıra, kolayca bulunabilen tekniklerin kullanılması ve besleyici yiyecekler ve temiz içme suyu sağlanması yoluyla ve çevre kirlenmesinin tehlike ve zararlarını göz önüne alarak, hastalık ve yetersiz beslenmeye karşı mücadele edilmesi; d Anneye doğum öncesi ve sonrası uygun bakımın sağlanması; e Bütün toplum kesimlerinin özellikle ana-babalar ve çocukların, çocuk sağlığı ve beslenmesi, anne sütü ile beslenmenin yararları, toplum ve çevre sağlığı ve kazaların önlenmesi konusunda temel bilgileri elde etmeleri ve bu bilgileri kullanmalarına yardımcı olunması;

<sup>82</sup> Çocuk hakları sözleşmesinin 24. Maddesinde yer alan düzenlemenin 15 nolu genel yorum ile açıklandığı görülmektedir. GENEL YORUM No. 15 Çocuğun Mümkün Olan En YÜHFD Cilt: XIX Özel Sayı (2022)



Sonuç olarak Mahkeme, Çek yasama organının aşılama zorunlu hale getirme kararının ilgili ve yeterli gerekçelerle desteklendiğini kabul etmektedir.

### **Çocuğun üstün yararından ne anlıyoruz?**

Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin (ÇHS) 3 (1) maddesine göre “mahkemelerde, idari makamlarda veya yasama organlarında”, çocuğun yüksek yararı göz önünde bulundurulması gereken birincil husustur.

Ebeveynin çocuk üzerinde hakları doğal olarak sınırsız değildir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Olsson davasında<sup>83</sup> çocuğun üstün yararını

Yüksek Sağlık Standardına Ulaşma Hakkı (Madde 24), 17 Nisan 2013, . Komite Devletlere, çocukların yüksek yararını, onların sağlığını ve gelişimini etkileyecek tüm kararların merkezine yerleştirmeleri çağrısında bulunur. Buna, çocuk sağlığının temel belirleyenlerini etkileyecek kaynak tahsisleriyle birlikte politika ve müdahalelerin oluşturulup uygulanması da dâhildir. Örneğin, çocuğun yüksek yararı; a. Mümkünse ekonomik mülahazaları da ikinci plana atarak tedavi seçeneklerine yol göstermelidir; b. Ana babalarla sağlık çalışanları arasındaki çelişkilerin çözülmesine yardımcı olmalıdır; c. Çocukların içinde yaşadıkları, büyüdükleri ve geliştikleri fiziksel ve toplumsal ortamlara zarar verebilecek durumların düzene bağlanmasına yönelik politikaları etkilemelidir. Madde 33 de, Devletlerin çocuk ölümlerini azaltma yükümlülükleri vardır. Komite, 5 yaşından küçük çocuk ölümleri arasındaki yerini giderek arttıran neonatal ölümlere özel dikkat gösterilmesini istemektedir. Taraf Devletler ayrıca, genel olarak daha az öncelik tanınan sorunlar olarak ergen hastalıkları ve ölümlerini de ele almalıdırlar. Madde 39. Devletlerin, gereksiz tıbbi müdahalelerden kaçınırken, zihinsel sağlık ve psikososyal sorunları olan çocuklara yeterli tedaviyi ve rehabilitasyonu sağlama yükümlülükleri vardır. Taraf Devletlerin Saygı Gösterme, Koruma ve Yerine Getirme Yükümlülükleri madde 71 e göre Devletler, çocukların sağlık hakkı dâhil olmak üzere insan haklarıyla ilgili üç tür yükümlülük üstlenmişlerdir: özgürlüklere ve kazanılmış haklara saygı; özgürlüklerin ve kazanılmış hakların üçüncü tarafların müdahalelerine veya sosyal ya da çevresel tehditlere karşı korunması ve haklarla özgürlüklerin doğrudan sağlama ya da kolaylaştırma yoluyla fiilen yaşama geçirilmesi. Madde 85.... **Komite, çocuğun yüksek yararının her zaman genel toplumun ya da bilimde ilerlemenin çıkarlarına üstün gelmesi gerektiğini araştırmacılara hatırlatır.**

<https://www.unicef.org/turkey/media/7941/file/%C3%87HDS%20ve%20%C4%B0hti-yari%20Protokoller,%20Usul%20Kurallar%C4%B1%20ile%20%C3%87ocuk%20Haklar%C4%B1%20Komitesi%20Genel%20Yorumlar%C4%B1.pdf>, erişim tarihi 22.10.2021.

<sup>83</sup> Olsson v. Sweden, 10465/83App no: 24 March 1988, Karı-koca olan başvuranlar Bay Stig ve Bayan Gun Olsson, sırasıyla 1941 ve 1944 doğumludur. Onlar İsveç vatandaşıdır ve İsveç'te Göteborg'da yaşamaktadırlar. Dava, başvuruçunun Haziran 1971 doğumlu Stefan, Aralık 1976 doğumlu Helena ve Ocak 1979 doğumlu Thomas olmak üzere üç çocuğuyla ilgilidir. Başvuranlar ve çocuklar İsveç Kilisesine mensuptur. Hem Bay hem de Bayan Olsson, gençliklerinde zihinsel engelliler için bir ev olan Strered'de biraz zaman geçirmişlerdi. Çocuklarda gelişim ve konuşma geriliği bulunmaktaydı. Çocuklar devlet bakımına alındılar. Başvuruçular bu kararın ve kararın, uygulanma biçiminin ve bakımı sonlandırılmasının reddi kararlarının Sözleşmenin 8. Maddesine aykırı olduğunu iddia

*YUHFD Vol. XIX Special Issue (2022)*

esas almıştır. Bu hakkın çocukların yararına olacak şeyler de dahil olmak üzere dikkate alınarak dengelenmesi gerekir.

Aşı konusunda sorun devletin genel sağlık politikasının çocukların yüksek yararını destekleyip desteklemediği değil, bunun yerine her bir özel çocuk açısından aşı durumunun nasıl değerlendirileceğidir. Buradaki sorun özel sağlık geçmişine sahip olan çocukların aşıdan elde edilecek yararlarının aşılamanın içerdiği spesifik risk ile nasıl dengeleneceğidir. Ebeveynler bazen doğru, bazen yanlış ama iyi niyetle – diğer kişilerin dikkatinden kaçan çok bireysel risk faktörlerini belirleyebilirler.” 15 Nolu protokol çocuğun üstün yararına ilişkin olarak aşılamaı tavsiye etmektedir.<sup>84</sup>

**Mahkeme, Almanya’ya karşı Wunderlich başvurusunda** çocuklarını zorunlu eğitime göndermeyen ebeveynlerin ebeveynlik yetkilerinin bir kısmının geçici olarak gençlik dairesine aktarılmasını 8.maddenin ihlali olarak görmemiştir. Mahkeme, çocukların topluma entegrasyonunu sağlamak için zorunlu okula devam zorunluluğunun, ebeveyn yetkisinin kısmen geri alınmasını haklı çıkarmak için uygun bir neden olduğuna karar vermiştir. Ayrıca, yetkililerin çocukların izole olduklarını, aile dışında kimseyle temasları olmadığını ve fiziksel bütünlüklerine yönelik bir riskin var olduğunu makul bir şekilde varsaydıklarını tespit etmiştir. Mahkeme, çocukların fiili olarak uzaklaştırılmasının, çocukların yüksek yararını

etmişlerdir. Mahkeme ilk olarak, taraf Devletin takdir yetkisini makul, dikkatli ve iyi niyetle kullanıp kullanmadığını tespit etmek; 2. Olarak ise, denetim yetkisini kullanırken, ihtilaf konusu kararları tek başına değerlendirmekle yetinilemeyeceğini, bir bütün olarak davanın ışığında olaya bakmak gerektiğini; söz konusu müdahaleleri haklı çıkarmak için öne sürülen nedenlerin "ilgili ve yeterli" olup olmadığını incelemek gerektiğini belirtmektedir. Somut olaya veriler uygulandığında mahkeme başvuruların işbirlikçi olmayan tutumuna rağmen, bakım kararının uygulanmasında alınan tedbirlerin, meşru gerekçelerle orantılı olarak desteklenmediğini, yerel makamların takdir marjına rağmen, “demokratik bir toplumda alınan tedbirin gerekli” olmadığına ve 8. Maddenin ihlali olduğuna karar vermiştir.

<sup>84</sup> 41. Bugün elimizde ilaçlar, ekipman ve müdahaleler dâhil olmak üzere çocuk sağlığı açısından yeni ve etkisi kanıtlanmış teknolojiler elde bulunmaktadır Devletlerin bu teknolojilere hizmetlerinde ve politikalarında yer vermeleri gerekmektedir. Bazı riskleri önemli ölçüde azaltabilecek gezeici düzenlemeler, ekipler ve topluluk temelli çabalar her kesime ulaştırılmalıdır. Bunlar arasında aşağıdakiler de yer almaktadır: çocukluk döneminde görülen yaygın çocukluk hastalıklarına karşı aşılama; özellikle erken çocukluk döneminde büyüme ve gelişmenin izlenmesi; kızları papilloma virüsüne karşı aşılama; hamile kadınlara tetanos aşısı; ishal vakalarında ağızdan sıvı tedavisine ve çinko takviyesine erişim sağlanması; temel antibiyotiklerin ve antiviral ilaçların temini; A ve D vitaminleri, iyotlu tuz ve demir takviyeleri gibi mikronütriyen desteği ve kondom. Sağlıkçılar, gerektiğinde bu basit teknolojilere nasıl ulaşabilecekleri konusunda ana babalara tavsiyelerde bulunmalı, yol göstermelidir.

*YÜHFD Cilt: XIX Özel Sayı (2022)*

sağlamak için gerekenden daha uzun sürmediğine karar vermiştir. Bu nedenle, ebeveynlerin yetkilerinin bazı bölümlerinin geri alınması ve çocukların aile evlerinden geçici olarak uzaklaştırılması için “ilgili ve yeterli” nedenler olduğu sonucuna varmıştır<sup>85</sup>.

**İHAM Lobben<sup>86</sup> başvurusunda** da çocuğun yüksek yararını değerlendirmiştir. 8. Maddenin ihlal edildiğine karar verilen başvuruda Mahkeme, özellikle, Norveç makamlarının eylemlerinin ana nedeninin, annenin, özellikle savunmasız bir çocuk olarak özel ihtiyaçları göz önüne alındığında, oğluna gerektiği gibi bakamaması olduğuna karar vermişti. Bununla birlikte, koruyucu aileye yerleştirilmesinden sonra anne ve oğul arasındaki temas seansları çok az olduğundan ve psikologların raporları güncel olmadığından, bu muhakeme sınırlı kanıtlara dayanmaktaydı. Ek olarak, savunmasızlığının gözden geçirilmesi, neredeyse hiç analiz edilmemiş veya annenin aile hayatındaki gelişmeleri, bu arada evlenmiş ve ikinci bir çocuk sahibi olmuş olduğunu dikkate almamıştır. Bu dengelemenin sonucunda mahkeme ihlal kararı vermiştir.

**Case of Pedersen and Others<sup>87</sup> Norveç’ e karşı başvurusunda** ihlal kararı verirken Mahkeme, bir çocuğun ve ana-babanın çıkarlarının çatışması halinde 8. maddenin yerel makamların bu çıkarlar arasında adil bir denge kurmasını gerektirdiğini ve dengeleme sürecinde özellikle Çocuğun yüksek yararına, doğasına ve ciddiyetine bağlı olarak, ana-babanın çıkarlarından üstün olabilecek şekilde önem verilmelidir sonucuna varmıştır.

Sonuç olarak çocuğun aşılmasında özel spesifik riskleri dikkate alınarak, 15 nolu protokoldeki aşılamanın çocuğun yararına olduğu esası da dikkate alınarak ebeveyn hakları değerlendirilmelidir.

### **Üye devletin uyguladığı tedbir öngörülen meşru amaçla orantılı mı?**

Alınan tedbirin varılmak istenilen amaç için uygun olması anlamına gelen elverişlilik ilkesi, şu şekilde tanımlanmaktadır: Alınan bir tedbirin yardımıyla, istenilen neticeye yaklaşıyorsa araç elverişli; kullanılan araç güdülen amaca ulaşmayı zorlaştırıyorsa, ya da hiçbir katkı sağlamıyorsa araç elverişsizdir<sup>88</sup>.

Kullanılan aracın elverişli olmasında iki sorun ortaya çıkmaktadır:

<sup>85</sup> Case of Wunderlich v. Germany (application no. 18925/15)

<sup>86</sup> Case of Strand Lobben and Others v. Norway 10 September 2019,

<sup>87</sup> Case of Pedersen and Others v. Norway, (*Application no. 39710/15*), 10 March 2020, **FINAL**, 07/09/2020

<sup>88</sup> Y. Metin, Ölçülülük İlkesi, Karşılaştırmalı bir Anayasa Hukuku İncelemesi, Seçkin, Ankara, 2002, s. 26. Ölçülülük ilkesinin alt kriterleri Y. Metin in referans verilen çalışmasından özetlenmiştir.

Bunlardan birincisi, yasa koyucunun hangi amaç veya amaçları hedeflediğinin belirlenmesi gerekir ki kolay bir değerlendirme değildir. İkinci zorluk ise, aracın elverişli kabul edilme derecesinin ne olacağıdır<sup>89</sup>.

Gereklilik ilkesi, güdülen amaca aynı derecede elverişli bir çok araç arasında en az müdahalede bulunan araçla erişmeyi ifade etmektedir<sup>90</sup>.

Türk Anayasa Mahkemesi de kararlarında uzun zamandır ölçülülük ilkesini kullanmaktadır:

“Amaç ve sınırlama orantısının korunmasıyla ilgili ölçülülük temel ilkesinin alt ilkeleri olan, yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olup olmadığını tespiti yönelik elverişlilik, sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşma bakımından zorunlu olup olmadığını arayan gereklilik, ayrıca amaç ve aracın ölçüsüz bir oranı kapsayıp kapsamadığını, bu yolla ölçüsüz bir yükümlülük getirip getirmediğini belirleyen oranlılık ilkeleriyle çatışan sınırlamalar...”<sup>91</sup>

Vavrička kararında Mahkeme Çek Cumhuriyetindeki zorunlu aşılama tedbirinin orantılılığını test etmiştir:

İlk olarak aşılabilir bilim camiası tarafından aşılamanın etkili ve güvenli kabul edildiği dokuz hastalığa ilişkindir.

İkincisi, zorunlu aşılama kabul edilmiştir ama mutlak değildir, aşılama karşı kalıcı kontrendikasyonu olan çocuklar için zorunluluktan muafiyete izin verilmektedir.

Üçüncüsü bazı başvuru sahipleri bu konuda tıp mensuplarının bu hususu uygulama ve yorumlamalarına ilişkin sorunlar yaşandığını belirtmişlerdir ama Mahkeme bu başvuru sahiplerinin, ne iç hukuk davalarında ne de bu Mahkeme önünde başvuru sahiplerinin hiçbirinin ilgili aşılardan herhangi biri ile ilgili olarak gerçek bir kontrendikasyona dayanan itirazları olmadığını belirtmektedir. Yani muafiyetin uygulanması ve yorumuna ilişkin bir somut sorun yoktur.

Dördüncüsü ilgili devlette bir istisna daha bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesinin kararında işaret edilen ve koşulları sayılan laik vicdani red hakkı. Başvuru sahipleri bu yolun özellikle okul öncesi eğitim için kabul edilmeyeceğini belirtmişler, ancak Mahkeme başvuru sahiplerinin iç hukukta bu tür bir itirazlarının olmadığını belirtmiştir.

<sup>89</sup> Y. Metin, Ölçülülük İlkesi, Karşılaştırmalı bir Anayasa Hukuku İncelemesi, s. 26. Ölçülülük ilkesinin alt kriterleri Y. Metin in referans verilen çalışmasından özetlenmiştir.

<sup>90</sup> Y. Metin, Ölçülülük İlkesi, Karşılaştırmalı bir Anayasa Hukuku İncelemesi, s. 26. Ölçülülük ilkesinin alt kriterleri Y. Metin in referans verilen çalışmasından özetlenmiştir.

<sup>91</sup> E. 1988/50, K.1989/27, K.T. 23.6.1989, R.G.4.10.1989, S.20302.

Beşincisi aşının doğrudan zorla uygulanmayacağı hatırlatılırken, ayrıca para cezasının da yalnızca bir kez uygulanabilecek bir idari para cezasından oluşan nispeten ılımlı bir ceza olduğu belirtilmiştir. Başvurucular bu miktarın da kendileri için yüksek olduğunu belirtmişlerdir. Yine mahkeme başvurucular için cezanın alt sınırının uygulandığını belirtmiştir. Yani ceza fazla sert veya külfetli değildir.

Altıncısı, İHAM Anayasa Mahkemesine başvurunun temel hakkının ihlal edildiğini ileri sürenler bakımından bir güvence olduğunu ve sonucun başarısız olmasının bu güvenceyi zayıflatmadığını belirtmektedir.

İHAM tarafların itirazlarının özünde iki hususun olduğunu belirtmektedir:

İlk olarak, başvurucular sağlık yetkililerine tanınan takdir yetkisinin aşırı olduğunu ve çıkar çatışmaları bulunduğunu ve kamuoyunda tartışmaların şeffaf olmadığını ileri sürmektedirler. Mahkeme bu iddia karşısında ikna olmadığını beyan etmektedir. Sağlık politikasını tasarlamak ve uygulamak için yürütmeye bırakılan kapsam ile ilgili olarak, Mahkeme, hukukun niteliğine ilişkin herhangi bir sorunun kullanılan yasama yaklaşımının, yetkililerin epidemiyolojik duruma ve tıp bilimi ve farmakolojideki gelişmelere esnek bir şekilde tepki vermesini mümkün kıldığı Anayasa Mahkemesi ve idare mahkemesinin gözlemini yerinde bulduğunu ve yerel sisteminusule ilişkin önemli güvencelere sahip olduğunu belirterek bu beyanını gerekçelendirmektedir.

İkinci önemli itiraz ise aşılardan etkililiği ve güvenli olmadıkları yönündedir<sup>92</sup>. Mahkeme, topluları bireysel sağlık üzerinde ciddi etkileri olabilecek hastalıklara karşı korumanın bu yolunun hayati önemi ve ciddi salgınlar durumunda, aşının aşındırıcı etkiye yol açabileceği konusundaki genel fikir birliğine atıfta bulunmaktadır.

<sup>92</sup> Mahkemeler kararlarında bilimsel verilere ilişkin olarak araştırma yapıyorlar mı? Sorusu bu bağlamda tartışılmıştır.

Aşı konusunda bazı açık kabullerin olduğu bir gerçektir. Maruf ve meşhur şeylerin isbatına gerek yoktur, ancak bilimsel alanda tartışmalı bir durum nasıl değerlendirilecektir? Tüm aşılardan herkes için topyekün bir toplumsal yarar sağladığı ön kabulü bilimsel gerçeklikten uzak değil midir?

İtalyan Anayasa Mahkemesi 2017 yılında verdiği 5/2018 sayılı kararında çocuklara yapılacak zorunlu aşılardan sayısının 4 den 10 a çıkarılmasına ilişkin yasal düzenlemenin anayasaya uygun olduğuna karar vermiştir. Yüksek Mahkeme kararında aşılamanın yararsız veya tehlikeli olduğuna dair yaygın görüşteki mevcut eğilimlerin hiçbir bilimsel dayanağının bulunmadığına işaret ederek, tıbbi uygulamada tavsiye ve yükümlülüğün birleşik kavramlar olduğunu not etmiştir. İtalyan Anayasa Mahkemesi bu sonuca nasıl ulaşmıştır?

**ZARAR GERÇEKLEŞİRSE-TAZMİNAT-** Aşının güvenliğine ilişkin tüm tedbirlerin alınmasına rağmen yine de zarar gerçekleşmişse, ne olması gerektiği İHAM kararlarına yansımıştır.

Nadir durumlarda olsa da aşının bir birey için zararlı olduğu ve bu kişinin sağlığına ciddi ve kalıcı zararlar verebilmesinin mümkün olduğunu durumlar bakımından iki İHAM kararına referans verilmektedir.

**Ebeveynler Birliği/Birleşik Krallık,<sup>93</sup> (Komisyon Kararı)** Ebeveynler Birliği, çocukları aşilar sebebiyle ölmüş veya ağır ve kalıcı zarar görmüş ebeveynlerden oluşmaktadır. Birlik, İngiliz yetkililerin aşilar konusunda ebeveynlerin gerçekleri tam olarak bilerek karar vermelerini engellediği ve kamu yararına da olsa haksız bir risk oluşturduklarını ve üyelerine tazminat ödenmesi gerektiğini ifade etmektedirler.

Komisyon, kendisine sunulan kanıtlara dayanarak, aşilama programlarının yetersiz uygulandığını ve risklerin gerçekleşmesini önlemek için yeterli ve uygun adımların atılmadığını kabul etmemektedir. Bu bağlamda Komisyon, kaydedilen "ters reaksiyonların" sayısında bir dereceye kadar belirsizlik olmasına rağmen, her yıl yapılan milyonlarca aşı ile karşılaştırıldığında yine debu oranın çok küçük olduğunu gözlemlemektedir. Ancak, Komisyon aşağıda sayılan huşulari dikkate alarak, Devletin aşağıdaki özelliklere sahip aşilama ve bağışıklama programı üzerinde bir kontrol ve denetim sistemi oluşturduğu ve Sözleşmenin 2. Maddesini ihlal etmediği kanaatindedir:

“1. Birleşik Krallık'ın her yerinden seçilen ve belirli bir program uygulanmadan önce Sağlık Bakanlarına aşilamanın tüm tıbbi yönleri hakkında tavsiyelerde bulunmak üzere görevlendirilen uzmanlardan oluşan bir Ortak Aşilama ve Bağışıklama Komitesi oluşturulması.

2. Aşı veya bağışıklama uygulayan tüm doktorların, her hastanın durumunu değerlendirmek, olası kontrendikasyonları her durumda kontrol etmek ve ters reaksiyonları sistematik olarak bildirmekle yükümlü olduğu idari talimatlar.

3. Aşilama veya aşilama programlarına katılan doktorlara bilinen tıbbi riskler ve kontrendikasyonlar hakkında bilgi veren metnin dağıtılması. Ayrıca Sağlık ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'ndan doktorlara da aynı konulara ilişkin güncel bilgileri içeren genelgeler getirildi.

<sup>93</sup> Association X. v/the U.K.Başvuru no. 7154/75, 12 Temmuz 1978 tarihli Komisyon kararı, DR 14, s. 31.

4. Halihazırda yürürlükte olan planların Ortak Komite tarafından gözden geçirilmesi.

5. Bir lisanslama sistemi ile aşılarda üretimi ve dağıtımını üzerinde kontrol. (İlaç Güvenliği Komitesi)

6. İlaç Güvenliği Komitesi tarafından, işlevi ters reaksiyonlara ilişkin raporların toplanması ve değerlendirilmesi konusunda tavsiyelerde bulunmak olan bir Ters Reaksiyonlar Alt Komitesinin oluşturulması. Birleşik Krallık'taki doktorlardan tüm olumsuz tepkileri doğrudan Komite'ye bildirmeleri istenmektedir.”

Komisyon, taraflarca sunulan bilgilere göre, özellikle vakalarda aşılardan sorumlu doktor ile aile hekimi arasında risklerin değerlendirilmesinde kendisine yardımcı olmak üzere herhangi bir irtibat kurulmayabileceğini ve genellikle eğitilmiş hemşirelerden oluşan sağlık ziyaretçilerinin, Kontrendikasyonlar veya advers reaksiyonlar konusunda doktorlar kadar bilgili olmayabilir.

Başvuruda 8. Maddeye ilişkin ihlal iddiaları da şu gerekçe ile reddedilmiştir:

“Komisyon, toplum sağlığını korumak için tasarlanmış ve ilgili riskleri en aza indirmek için uygun bir kontrol sistemine tabi olan gönüllü bir aşılama planının söz konusu olduğunu, özel hayata ve aile hayatına saygı hakkına herhangi bir müdahale olmadığını değerlendirmektedir. Özellikle, Devletin, aşığı reddedenlere yaptırımlar uygulayarak, doğrudan veya dolaylı olarak, ebeveynlerin çocuklarını aşılattırmaya veya kendilerini aşı olmaya zorlamadığını vurgulamaktadır. Devlet aşılama önerir ve sunulan hizmetlerden yararlanmak isteyen herkese kolaylıklar sağlar. Bu bağlamda Komisyon, ebeveynler tarafından verilen rızanın uygun bir rıza olmadığını kabul edemez. Komisyon, ebeveynlerin çocuklarına aşı yaptırmaya kararının ilgili spesifik risklerin teknik değerlendirmesine dayanmamasına rağmen, aşılama planlarının belirli riskler içerdiğine dair genel bir ortak bilgi olduğu görüşündedir.”

**Baytüre ve Diğerleri/ Türkiye Kararı<sup>94</sup>**. Baytüre ailesi üç aylık iken bebeklerine difteri, tetanoz, boğmaca ve çocuk felci aşılı yaptırmışlardır. Çocuk felci aşısının sonucu olarak bebeğin sağ ayak tıraşında çarpık ayak sendromu olarak bilinen şekil bozukluğu oluşmuştur. Tanı sağlık bakanlığı tarafından da onaylanmış ve aile tazminat davası açmıştır. Bakanlık raporunda tıbbi olarak engellenemeyen son derece karmaşık bir durumun

<sup>94</sup> Başvuru no: 3270/09

söz konusu olduğu ve aşının yapılmasında tüm analizlere rağmen hiçbir hataya rastlanmadığı işaret edilmektedir. Mahkemenin başvurduğu üniversite tıp fakültesi kurul raporunda ise; “bu tür bir durumun son derece nadir rastlanan (2 500 000 000/1) bir vaka olduğu ve hastanın savunma sisteminin yetersizliğinde ortaya çıktığını ve bu durumun tıbbi olarak engellenmesi mümkün olmayan bir komplikasyon olduğu” yer almaktadır. İHAM kararında ayrıca, somut olayda aşının uygun olmayan yöntemlerle uygulandığına veya riskten kaçınmak için gerekli tedbirlerin alınmadığına ilişkin bir durumun olmadığı tesbit edilmiştir. Sonuç olarak; aşının zorunlu olmadığı(tavsiye edilmekteydi) ve tıbbi bir hatanın bulunmadığı bir durumda üye devletleri aşı sebebiyle uğranan zararı tazmine zorlayan bir sosyal güvenlik önleminin Sözleşmenin konu bakımından kapsamı dışında olduğuna karar vermiştir.(pg.30)

Vavřička kararında bir tazminat başvurusu bulunmamaktadır. Ayrıca zorunlu eğitim devam yaşına geldiklerinde, ilkokula kabulleri aşı durumlarından etkilenmemiştir. Mahkeme, bir Devletin, aşılamanın sağlık açısından uzak bir risk teşkil ettiği aşıdan yararlanamayan az sayıdaki savunmasız çocuk da dikkate alınarak, evrensel olarak uygulanan bu koruyucu önlemi yasal bir görev ve sosyal dayanışma adına kabul etmelerini istemesinin orantısız olarak kabul edilemeyeceği kanaatinde-dir. Sonuç olarak Mahkeme, Devlet tarafından aşılama ile izlenen meşru amaçlarla makul bir orantılılık ilişkisi içinde olduğu, takdir marjlarını aşmadıkları ve bu nedenle söz konusu tedbirlerin “demokratik bir toplumda gerekli” olduğunu kabul edilmiştir.

## SONUÇ

Anayasa hukuku bakımından zorunlu aşı kavramının özellikle pandemi döneminde ulusal ve uluslarüstü alanda çok yönlü bir tartışma başlattığı açıktır. Vavřička kararının da katkıları ile bu tartışmanın farklı boyutlarından bazı asgari standartlara ulaşmak mümkün görünüyor.

Ulusal hukuk sistemlerinde büyük çoğunluk zorunlu aşı uygulamasını reddetmektedir<sup>95</sup>. Zorunlu aşılamanın uygulandığı sistemler azınlıkta

<sup>95</sup> Almanya'da 60 yaş üstüne aşı zorunluluğu teklifi reddedildi. <https://www.ntv.com.tr/teknoloji/almanya-da-60-yas-ustune-asi-zorunlulugu-teklifi-reddedildi,tqNFJsk7ckODM8mSZFvR1Q>, erişim tarihi 13.04.2022. Covid: Almanya'da 18 yaşından büyük herkese aşı zorunluluğu şimdilik rafa kaldırıldı. <https://www.bbc.com/turce/haberler-dunya-60990861>, erişim tarihi 13.04.2022.. “Mahkeme kararında, Omicron varyantına atıfta bulunarak Covid-19 aşısının etkisi azalsa da virüse karşı yine de koruma sağladığına dikkat çekti. Sağlık ve bakımevlerinde YÜHFD Cilt: XIX Özel Sayı (2022)



kalmaktadır. Ancak aşının zorunlu hale getirildiği sistemlerde yasal düzenlemenin gerekli olduğu da açıktır. Türk hukukunda da Anayasa Mahkemesi kararlarıyla teyit edildiği gibi yasallık ilkesi bakımından sorun bulunmaktadır.

İtalyan Anayasa Mahkemesinin, 2017 yılında 5/2018 sayılı kararı ile çocuklara yapılacak zorunlu aşıların sayısının 4 den 10 a çıkarılmasına ilişkin yasal düzenleme karşısında yasanın anayasaya uygunluğuna karar verirken yararlandığı esaslar öğreticidir:

“Tedavi yalnızca alıcının sağlığını iyileştirmeyi veya sürdürmeyi değil, aynı zamanda başkalarının sağlığını da korumayı amaçlıyorsa;

Normalde ortaya çıkan ve dolayısıyla tolere edilebilir sonuçlar dışında, tedavinin alıcının sağlığı üzerinde olumsuz bir etki yapması beklenmiyorsa;

Zarar görme durumunda diğer hususlardan ayrı olarak, zarar görene tazminat ödenmesi.”

Zorunlu aşıda karşılıklı olarak hakların dengelenmesi bizi hangi sonuçlara götürecektir?

Öncelikle, belki de zorunlu aşının kırmızı çizgisi aşının zorla doğrudan yapılmasının mümkün olmamasıdır. Bu durum açıkça vücut bütünlüğünün ihlali olarak nitelendirilecektir. Ayrıca işkence ve kötü muamele olarak da değerlendirilmesi mümkündür. Vavřička kararında karşıoyda vurgulanan “çocuklar genellikle aşıya direnirler” argümanı da bu bağlamda ilginçtir.

İkincisi bir aşılama ile ilişkin riskleri ortadan kaldıracak güvenlik prosedürüne ihtiyaç bulunmaktadır. Aşıların etkililiği ve aşılarla duyulan güvene ilişkin esaslar, aşılamanın belli bir protokolle ve ehil kişiler tarafından yapılması önem taşımaktadır.

Bu verilerle bağlantılı olarak sürecin şeffaf olması da çok önemli bir güvence olarak kabul edilmelidir.

Zorunlu olmayan aşı sebebiyle tüm tedbirler alınmasına rağmen zarar doğmuşsa sözleşmeden kaynaklanan bir tazminat yükümlülüğü sözleşme

---

çalışanlarının virüsü savunmasız kişilere bulaştırabileceğine işaret edilen kararda, hastalığın bu kişiler açısından ölümcül sonuçları olabileceği vurgulandı. Kararda, aşı zorunluluğuna onay verilmesinin, ortaya çıkabilecek zararın ağırlığı ile bağlantılı olduğu vurgulandı. Aşının geçici yan etkileri olabileceği ve istisnai vakalarda ölümcül olabileceği, ancak buna karşın virüsün savunmasız kişilerde daha büyük zararlara yol açmasının çok daha yüksek bir ihtimal olduğu belirtildi.” Almanya’da Anayasa Mahkemesi, sağlık kuruluşları ve bakımevinde çalışanlara aşı zorunluluğu uygulanmasını onayladı. Uygulama, 15 Mart’tan itibaren yürürlüğe girecek. <https://www.dw.com/tr/almanya-anayasa-mahkemesinden-a%C5%9F%C4%B1-zorunlulu%C4%9Fu-karar%C4%B1/a-60743785> erişim tarihi 13.04.2022

kapsamından çıkmamaktadır<sup>96</sup>. Ancak Devletlerin bu konuda kusursuz sorumluluk esasını benimsemesinin önünde kuşkusuz bir engel bulunmamaktadır. Ayrıca aşının zorunlu olması halinde bu değerlendirmenin farklılaşması gerekecektir.

Aşılama zorunlu eğitime engel olmamalıdır. Vavřička kararında zorunlu olmayan okul öncesi eğitime ilişkin bir uygulama söz konusudur. Zorunlu ilköğretim için bu tür bir zorlayıcı uygulama bulunmamaktadır.

Aşının reddinin laik olan ve olmayan vicdani red hakkı bakımından da tartışılması gerekir. Hem laik, hem de laik olmayan inançlar bakımından koşulları gerçekleştiğinde vicdani red olanağı kabul edilmelidir.

Case of Jehovah's Witnesses of Moscow and others kararında, üçüncü şahısları koruma ihtiyacına dair herhangi bir belirti ...” bir salgın sırasında zorunlu aşılama” olmadıkça devletin bireysel özgürlüklere müdahale etmemesi gerektiği belirtilmektedir. Vavřička kararında tıbbi nedenlerle aşı olamayan çocukların anaokuluna devam edebilmeleri, diğer çocuklar arasında bulaşıcı hastalıklara karşı aşılama oranının çok yüksek olmasına bağlı olması nedeniyle evrensel olarak uygulanan bu koruyucu önlem yasal bir görev ve sosyal dayanışma adına kabul edilmesini istemenin orantısız olmadığı kanaatinde dir.<sup>97</sup> Aşının zorunlu olmadığı sistemlerde aşılama oranlarının zorunlu olanlardan daha yüksek olduğu örnekler de bu bağlamda dikkate alınmalıdır. Muhalif yargıç Wojtyczek'in belirttiği gibi, bulaşıcı hastalıklar çeşitli açılardan birbirinden farklı olduğundan, bir aşılama görevinin orantılılık değerlendirmesinin "hastalık bazında" yapılması doğru olacaktır.

Zorunlu aşı ücretsiz olmalıdır.

AİHS'nin 8. Maddesine yapılan tüm müdahaleler gibi, aşılama stratejileri de yalnızca orantılıysa meşrudur Vavřička başvurusunda idari para cezası olması, sadece bir kez uygulanması ve nisbeten ılımlı miktarda olması, alt sınırının uygulanması müdahalenin oranlı olması bakımından etkili olmuştur. Mahkeme, aşı yaptırmanın sağlık açısından uzak bir risk teşkil ettiği kişilerin bu görevi 'sosyal dayanışma adına' kabul etmelerinin orantısız olarak değerlendirilemeyeceği sonucuna varmıştır<sup>98</sup>.

<sup>96</sup> Seyit Baytüre ve Diğerleri, 3270/09. Pg. 30. “Ancak, aşılamanın zorunlu olmadığı bir sistemde, tıbbi bir hata olmasa bile, bir aşının neden olduğu zarardan mağdur olan kişilere tazminat ödenmesi sisteminin yerleştirilmesi, Sözleşme kapsamından çıkan temel anlamda bir sosyal güvenlik ölçüsüdür.”

<sup>97</sup> (paragraf 285, 306 ve 310)

<sup>98</sup> (paragraf 306).

Aşı uygulamasında da ayrımcı zorlama kullanımından kaçınılmalıdır. Daha önce belirtildiği gibi, aşı tereddütleri etnik azınlıklar ve marjinal gruplar arasında daha yaygındır. Bu nedenle, devletlerin eğitim kampanyalarının bu gruplara ulaşmasını sağlaması ve üyelerinin bilinçli aşılama seçimleri yapmasını sağlamaları gerekir. Güven oluşturmak ve dezenformasyonu önlemek için ek çabalar da gerekli olabilir. Dahası, belirli gruplar arasında aşı tereddütlerinin daha yüksek olması, zorunlu aşılama politikalarının olası ayrımcı etkileri hakkında soruları gündeme getirmektedir. Aşılınmamış insanları cezalandıran ve toplumun belirli alanlarından dışlayan bu tür politikalar, azınlık grupları üzerinde farklı bir etki riski taşır ve bu nedenle halihazırda mevcut olan sosyal dezavantajı ve damgalanmayı daha da kötüleştirebilir. Bu nedenle, herhangi bir zorunlu aşılama politikası, ayrımcılığın önlenmesi için dikkatli bir şekilde formüle edilmelidir.

Vavřička kararında devletlerin takdir marjı kapsamlı olarak değerlendirilmiştir. Buna göre; önce sağlık alanı mahrem alan olduğu için devletin takdir marjının dar olduğu belirtilmiş; sonrasında doğrudan zorla bireylere aşı yapılmadığı için bu marj genişletilmiş, ardından her bir devletin ve uluslararası uzmanların aşılama bakış açılarının olumlu olmasına ve yöntem konusunda bir birlik olmadığından hareketle üye devlet marjının geniş olduğuna karar verilmiştir.

Mahkeme aşılamanın hastalıklara karşı savunmasız olanlar da dahil toplumun tüm kesiminin sağlığını korumak adına yapılan bir “sosyal dayanışma” olarak görmektedir. Mahkeme bu aşamada Avrupa Konseyinin hakların sorumluluk bilinci ile kullanılmasına işaret eden parlamenterler Assamblesi Yönergesine<sup>99</sup> gönderme yapmaktadır. Bu sebeple takdir marjı mahkemeye göre geniştir.

Solomahkin kararında bulaşıcı hastalıkların yayılmasını kontrol etme zorunluluğu"olarak değerlendirilirse, bu tür bir müdahalenin haklı olabileceği belirtilmektedir. Tıbbi müdahalenin başvuranın zararına olmayacağından emin olmak için gerekli tedbirlerin alınması ve bireyin vücut bütünlüğü ile kamu yararı arasında dengenin kurulması gerekir.

Yapılan araştırmalar çocuk aşılarının zorunlu hale getirilmesinin her örnekte aşılama oranının artması ile sonuçlanmadığını göstermektedir. Çocuk aşıları konusunda BM 15 nolu protokolün aşığı tavsiye ederek çocuğun yüksek yararı kapsamında gördüğü hatırlanmalı, ancak her

<sup>99</sup> 1845(2011) sayılı Yönerge.

çocuğun özel durumuna ilişkin hususlar da çocuğun üstün yararı kapsamında değerlendirilmelidir.

## KAYNAKÇA

- A. Nilsson "Is Mandatory Vaccination Against COVID-19 Justifiable Under the European Convention on Human Rights?", GC Human Rights Preparedness, 15 April 2021, R. B. Erman, Zorunlu Aşı, Ceza Hukuku Derneği Söyleşileri, <https://www.youtube.com/watch?v=0grppYx4roo>, erişim tarihi 24.5.2021.  
<https://gchumanrights.org/preparedness/article-on/is-mandatory-vaccination-against-covid-19-justifiable-under-the-european-convention-on-human-rights.html>, erişim tarihi 15.10.2021
- A. E. Öktem, **Uluslararası Hukukta İnanç Özgürlüğü**, Ekim 2001, Doktora Tezi.
- D. McConnell, Conscientious Objection in Health Care: Pinning down the Reasonability View, *The Journal of Medicine and Philosophy: A Forum for Bioethics and Philosophy of Medicine*, Volume 46, Issue 1, February 2021, <https://doi.org/10.1093/jmp/jhaa029>, <https://academic.oup.com/jmp/article/46/1/37/6054702>, erişim tarihi 24.9.2021.
- E. Şen-M.V. Ervan, Zorunlu Aşı, <https://sen.av.tr/tr/makale/zorunlu-asi#:~:text=%5B2%5D%20Madde%2064%3B%20%20E2%80%9C,hastal%20C4%B1%20kar%20C5%9F%20bu%20kanunda%20mezk%20C3%BCr>, erişim tarihi, 25.1.2022
- E. Biss-Mavis Biss, Are Anti-vaxxers Conscientious Objectors?, <https://www.theatlantic.com/family/archive/2019/07/anti-vaxxers-measles-conscience-morals/594646/>, erişim tarihi 27.9.2021.
- F. Sağlam, "2001 Yılı Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar ve Bunların Çözüm Olanakları", **Anayasa Yargısı**, **19**, Ankara, 2002.
- H. Pazarcı, *Uluslararası Hukuk*, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, s. 94.
- I. Dumont, Jocelyn Maclure, *Secular and Religious Reasons for Conscientious Objection*, 2021.
- Morten Magelssen, Nhat Quang Le, Magne Supphellen, *Secularity, Abortion, Assisted Dying and the Future of Conscientious Objection: Modelling the Relationship Between Attitudes*, <https://bmcmedethics.biomedcentral.com/articles/10.1186/s12910-019-0408-4>, erişim tarihi, 27.9.2021
- K. Kanadoğlu K. Zorunlu Aşının Anayasallığı. <https://blog.lexpera.com.tr/zorunlu-asininanayasalligi/#fn9>.

- K. Gözler, “Anayasa değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri”, **Ankara Barosu Dergisi**, S. 2001/4, yıl, 59.
- O. Akbulut, Covid-19’a Karşı Zorunlu Aşı Mümkün mü? <https://www.istanpol.org/post/covid-19-a-kar%C5%9F%C4%B1-t%C3%BCrkiye-de-zorunlu-a%C5%9F%C4%B1-m%C3%BCmk%C3%BCn-m%C3%BC>, erişim tarihi 11.4.2022.
- O. Can, “Vicdani Red Anayasal Bir Hak mı?, **Radikal**, 12.7.2005.
- S. Clarke, Alberto Giubilini and Mary Jean Walker, Conscientious Objection to Vaccination Bioethics ISSN 0269-9702 (print); 1467-8519 (online) doi:10.1111/bioe.12326 Volume 31 Number 3 2017 pp 155–161, file:///C:/Users/Sultan/Downloads/Conscientious\_Objection\_to\_Vaccination.pdf, erişim tarihi 27.9.2021.
- S. Esen, Anayasa Hukuku Açısından Dolaşım Özgürlüğü, Yetkin, Ankara, 2014, s. 160.
- S. Metin. "Covid-19 Bağlamında Zorunlu Aşı Tartışmalarının Hukuki Boyutu" . Sağlık Bilimlerinde İleri Araştırmalar Dergisi 4 (2021 ): 37-50 <https://dergipark.org.tr/tr/pub/sabiad/issue/65901/958025>
- S.T. Üzeltürk, Vicdani Sebeplerle Askerliğin Reddi Hakkı, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Erdoğan Teziç’e Armağan.
- T. Şirin, Tehlikeli Salgın Hastalıklarla Anayasal Mücadeleye Giriş. Anayasa Hukuku Dergisi 2020;9(17)
- Y. Metin, Ölçülülük İlkesi, Karşılaştırmalı bir Anayasa Hukuku İncelemesi, Seçkin, Ankara, 2002

## KARARLAR

### İHAM ve İHAK kararları

- Association X. v/the U.K. Başvuru no. 7154/75, 12 Temmuz 1978 tarihli Komisyon kararı, DR 14, s. 31.
- Seyit Baytüre ve Diğerleri, Başvuru no: 3270/09, 12.3.2013.
- Case of Wunderlich v. Germany, application no. 18925/15, 10 January 2019.
- Olsson v. Sweden, application no. 10465/83, 24 March 1988,
- Kokkinakis v. Greece, Application no. 14307/88) 25 May 1993.
- Case of Strand Lobben and Others v. Norway application no. 37283/13, 10 September 2019.
- Case of Pedersen and Others v. Norway, (Application no. 39710/15), 10 March 2020, FINAL, 07/09/2020
- Campbell and Cosans v. UK. A 48, 1982

- Case of Jehovah's Witnesses of Moscow and others v. Russia, (application no. 302/02), 10 June 2010, Final, 22/11/2010
- Case of Solomakhin v. Ukraine App. no. 24429/03, *15 March 2012.*, Final, 24/09/2012. *FINAL.* 24/09/2012.
- Autio v. Finland, (application no. 17086/90), DR. 72, s. 245, (1991).
- N. v. Sweden, (application no. 10410/83), DR. 40, s. 203.(1984).
- Amann v. Switzerland, Application no. 27798/95, 16 February 2000
- Iordachi and Others v. Moldova, Application no. 25198/02, 10 February 2009, FINAL 14/09/2009.
- Kopp v. Switzerland, Application no, 23224/94, t 25.3.1998.
- Malone v. UK , Application no. 8691/79 2 August 1984
- Carlo Boffa and 13 others v/San Marino, *15/01/1998*, Application No. 26536/95 ...
- Silver and Others v. U.K, Application no. 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75, 25th March 1983
- Vavricka and Others v. the Czech Republic, Applications nos. 47621/13 , 8 April 2021.

### **Anayasa Mahkemesi Kararları**

- K.2012/184, EK.G. 22.11.2012, R.G. 24.1.2014, S.28892.
- E.2020/24, K.2021/39, K.T.3/6/2021.
- E. 2006/101, K. 2008/126, K.T. 19.6.2008, R.G. 19.11.2008-27059
- E. 2014/176, K. 2015/53, K.T. 27.5.2015, R.G. 26.6.2015-29398
- E.2002/112, K.2003/33, K.T. 10.4.2003, AYMKD.39/I, s.489 vd.
- E. 1988/50, K.1989/27, K.T. 23.6.1989, R.G.4.10.1989, S.20302.
- Özkan Kart Başvurusu, Başvuru numarası:2013/1821.
- Salih Gökalp Sezer Başvurusu, Başvuru Numarası: 2014/5629, 21/11/2017.
- Esmâ Fatıma Kızılsu ve Rukiyye Erva Kızılsu Başvurusu Başvuru Numarası: 2013/7246, 23/3/2016.
- Halime Sare AYSAL Başvurusu**, Başvuru Numarası: 2013/1789, 11/11/2015.
- Muhammed Ali Bayram Başvurusu, Başvuru Numarası: 2014/4077, 29/6/2016.