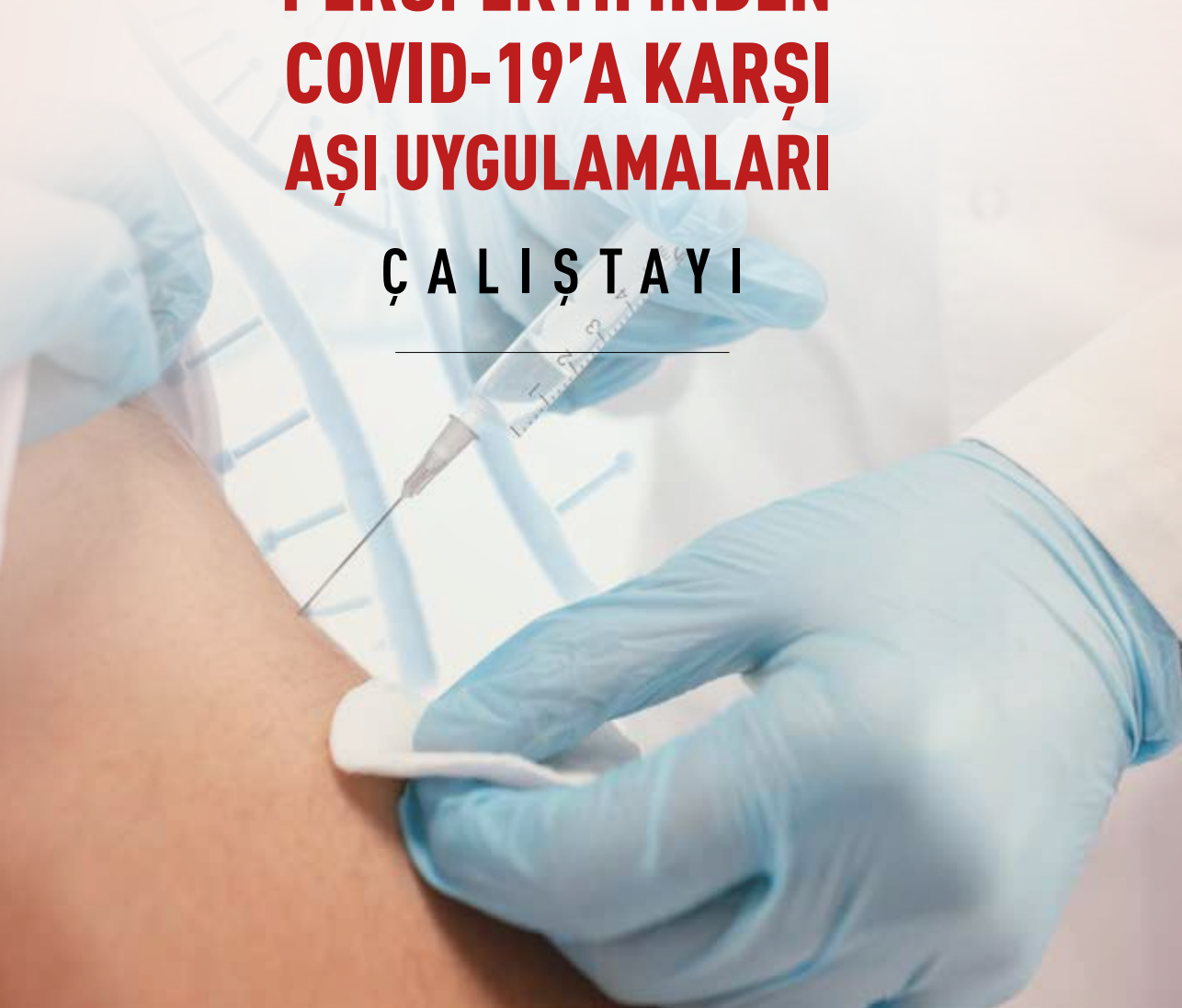




TÜRKİYE İNSAN HAKLARI VE EŞİTLİK KURUMU

İNSAN HAKLARI PERSPEKTİFİNDEN COVID-19'A KARŞI AŞI UYGULAMALARI

ÇALIŞTAYI





TÜRKİYE İNSAN HAKLARI VE EŞİTLİK KURUMU

İNSAN HAKLARI PERSPEKTİFİNDEN COVID-19'A KARŞI AŞI UYGULAMALARI

ÇALIŞTAYI





**TÜRKİYE İNSAN HAKLARI VE
EŞİTLİK KURUMU**

**İNSAN HAKLARI PERSPEKTİFİNDEN COVID-19'A
KARŞI AŞI UYGULAMALARI ÇALIŞTAYI**

TÜRKİYE İNSAN HAKLARI VE EŞİTLİK KURUMU

Adres: Yüksel Cad. No: 23 | 06650 | Kızılay/ANKARA

Tel.: +90 312 422 78 00 | Faks: +90 312 422 78 99

www.tihek.gov.tr | tihek@tihek.gov.tr

ISBN: 978-605-06759-1-7

Emeği Geçenler

Gizem SEFER

Muhammed IŞIK

Yapım

Ajans Düş Pınarı

Adres: Birlik Mh. 465 Cd. No:1/5 Çankaya/ANKARA

Tel.: +90 (543) 235 12 25 - +90 (532) 658 93 11

Genel Ağ: www.duspinari.com

E-posta: bilgi@duspinari.com

Baskı Yeri ve Tarihi: Ankara, 2022

Baskı: Elma Teknik Basım Matbaacılık

İvedik OSB Matbaacılar Sitesi 1516/1 Sk. No: 35 Yenimahalle/ANKARA

Tel.: 0 (312) 229 9265

Sertifika No: 49617

© Raporda yayımlanan yazı, konu, fotoğraf ve diğer görsellerin her hakkı saklıdır. İzinsiz, kaynak gösterilmeden hiç bir ortamda alıntı yapılamaz.



TÜRKİYE İNSAN HAKLARI VE EŞİTLİK KURUMU

İNSAN HAKLARI PERSPEKTİFİNDEN COVID-19'A KARŞI AŞI UYGULAMALARI

ÇALIŞTAYI

27 EYLÜL 2021, ANKARA



ÖN SÖZ

İnsan haklarının korunması ve geliştirilmesi amacıyla ulusal ve uluslararası düzeyde çok sayıda kurumsal yapılanmalar öngörülmüştür. Bu kurumsal yapılardan birisini de Birleşmiş Milletlerin (BM) teşvik etmesiyle II. Dünya Savaşı'nı takip eden dönemde kurulmaya başlanan ve özellikle Soğuk Savaş sonrası dönemde yaygınlık kazanmaya başlayan “ulusal insan hakları kurumları” olarak adlandırılan yapılar oluşturmaktadır. Ulusal insan hakları kurumları, yerel düzeyde insan hakları gereksinimlerini tespit ederek sorunlu alanlara ilişkin ‘iyileştirici’ etki yaratma amacıyla tasarlanmıştır. Soğuk Savaş sonrası dönemde ulusal insan hakları kurumlarını oluşturmada özellikle Paris Prensipleri (1993) ile Viyana Deklarasyonu ve Eylem Programının (1993) kurucu bir işlevi bulunmaktadır. BM bünyesinde gerçekleşen uluslararası bir çalıştayın çıktısı olan Paris Prensipleri, ulusal insan hakları kurumlarını tanımlayan yetkili uluslararası ‘standartlar’ veya ‘minimum gereklilikler seti’ olarak işlev görmektedir.

Ulusal insan hakları kurumu olarak kurumsal yapısına kavuşturulan Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu (TİHEK), ‘insan haklarının korunması ve geliştirilmesi, ayrımcılıkla mücadele ve işkence ve kötü muameleyle etkin mücadele etme’ alanlarında faaliyet göstermektedir. TİHEK, eşitlik ve insan hakları kurumu olmasının yanı sıra ‘ulusal önleme mekanizması’ görevini de haiz bir kurum olarak yasal görev ve yetkilerini icra etmektedir. TİHEK’in insan haklarının korunması ve geliştirilmesi misyonu çerçevesinde çok sayıda görevi bulunmaktadır. 6701 sayılı TİHEK Kanunu’nun ‘Kurumun görevleri’ başlıklı 9’uncu maddesine göre; “İnsan haklarının korunmasına, geliştirilmesine, ayrımcılığın önlenmesine ve ihlallerin giderilmesine yönelik çalışmalar yapmak” ve “İnsan haklarının korunması, ayrımcılığın ortadan kaldırılması ve toplumdaki eşitlik anlayışının geliştirilmesine yönelik olarak üniversiteler ile ortaklaşa faaliyetlerde bulunmak” Kurumun görevleri arasında sayılmaktadır.

Çin’in Wuhan kentinde ortaya çıkan ve tüm dünyayı etkisi altına alan Covid-19 pandemisi, ‘yaşam hakkından sağık hakkına; gıda hakkından eğitim hakkına; konut hakkından çalışma hakkına’ varıncaya kadar çok sayıda hak kategorileri açasından derin kırılmalara yol ačmıřtır. Küresel ölçekte Covid-19’a karşı geliştirilen aşı uygulamalarının kimi ölkelerde zorunlu kılınması ve/ya aşı olmayan kişilere yönelik getirilen sınırlamalar tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Bu kapsamda aşı uygulamalarının insan hakları perspektifinden ele alınması amacıyla Kurumumuz ile İstanbul Üniversitesi iř birliğinde 27 Eylül 2021 tarihinde İstanbul Üniversitesi Rektörlüğü ev sahipliğinde “İnsan Hakları Perspektifinden Covid-19’a Karşı Aşı Uygulamaları Çalıştayını” gerçekleştirilmiştir. Söz konusu Çalıştay kapsamında “Covid-19’a karşı aşının etkinliğı ve bazı meslekler açasından gerekliliğı; kamu düzeninin tesis edilmesinde genel sağık unsuru ve idarenin görev ve yetkileri; sağık hakkı perspektifinden zorunlu aşı uygulaması; aşı kartı mecburiyeti ve zorunlu aşı uygulamasının Almanya, Fransa ve Türkiye’deki görünömleri” insan hakları perspektifinden ele alınmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ve Anayasa Mahkemesi (AYM) kararlarında zorunlu aşı uygulaması ile aşı uygulamalarının çalışma hayatına yansımaları Çalıştayda gerçekleştirilen sunum alanlarından bir diğeri oluşturmaktadır.

Kurumumuzun insan haklarının korunması ve geliştirilmesi misyonu çerçevesinde gerçekleştirilen “İnsan Hakları Perspektifinden Covid-19’a Karşı Aşı Uygulamaları Çalıştayını” kapsamında aşı uygulamalarına yönelik önemli tespitler ičeren bu bildiri kitabının faydalı olmasını temenni eder, bu çalışmaya katkılarını sunan değıerli bilim insanlarına şükranlarımı sunarım.

Prof. Dr. Muharrem KILIÇ

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Başkanı

İÇİNDEKİLER

ÖN SÖZ	4
AÇIŞ KONUŞMALARI	10
Istanbul Üniversitesi Rektör Yardımcısı Prof. Dr. Haluk ALKAN	10
Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Başkanı Prof. Dr. Muharrem KILIÇ	15
1. OTURUM: İDARENİN GENEL SAĞLIĞI KORUMA VAZİFESİ VE COVID-19'A KARŞI AŞI UYGULAMALARI	23
Istanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi Oturum Başkanı: Prof. Dr. Yasemin IŞIKTAÇ	24
COVID-19'a Karşı Aşının Etkinliği ve Bazı Meslekler İçin Gerekliliği Prof. Dr. Recep ÖZTÜRK	25
Kamu Düzeninin Sağlanmasında Genel Sağlık Unsuru ile İdarenin Görev ve Yetkileri Dr. Öğr. Üyesi Mine KASAPOĞLU TURHAN	32
Sağlık Hakkı Perspektifinden Zorunlu Aşı Uygulaması ve Aşı Kartı Mecburiyeti Dr. Öğr. Üyesi İzzet Mert ERTAN	43
2. OTURUM: KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA ZORUNLU AŞI UYGULAMALARI	51
Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurulu Üyesi Oturum Başkanı: Av. Zennure BER	52
Zorunlu Aşı Uygulaması: Almanya Örneği Dr. Öğr. Üyesi Mert DUYGUN	52

Zorunlu Aşı Uygulaması: Fransa Örneği-Türkiye Karşılaştırması Av. Tuğçe Duygu KÖKSAL	59
Zorunlu Aşı Uygulaması: ABD Örneği Dr. Öğr. Üyesi Volkan ASLAN	68
3. OTURUM: ZORUNLU AŞI UYGULAMASININ İNSAN HAKLARI YARGISINDA GÖRÜNÜMÜ	83
Istanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi Oturum Başkanı: Prof. Dr. Nihat BULUT	84
AYM Kararlarında Zorunlu Aşı Uygulaması Doç. Dr. Taylan BARIN	85
AlHM Kararlarında Zorunlu Aşı Uygulaması Prof. Dr. H. Burak GEMALMAZ	92
Aşı Uygulaması ve Çalışma Hayatına Yansımaları Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ	116
SONUÇ BİLDİRGESİ	128





SUNUCU

Değerli Katılımcılar, Hanımefendiler, Beyefendiler. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumuyla İstanbul Üniversitesi iş birliğinde düzenlenen “İnsan Hakları Perspektifinden COVID-19’a Karşı Aşı Uygulamaları Çalıştayı”na hepiniz hoş geldiniz.

Sizleri Mustafa Kemal ATATÜRK ve silah arkadaşları huzurunda 1 dakikalık saygı duruşu ve ardından İstiklal Marşını okumaya davet ediyorum.

Çok teşekkür ederiz. Açış konuşmalarını yapmak üzere, İstanbul Üniversitesi Rektör Yardımcısı Profesör Doktor Sayın Haluk Alkan’ı sahneye davet ediyorum, buyurun efendim.

AÇIŞ KONUŞMALARI



İstanbul Üniversitesi Rektör Yardımcısı

Prof. Dr. Haluk ALKAN

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Başkanı Profesör Doktor Sayın Muharrem Kılıç; Sayın Hukuk Fakültesi Dekanı Profesör Doktor Ömer Ekmekçi; Değerli Öğretim Üyeleri, Uzmanlar ve Katılımcılar,

“İnsan Hakları Perspektifinden COVID-19’a Karşı Aşı Uygulamaları Çalıştayı”nda sizlerle birlikte olmanın onur ve mutluluğunu yaşıyorum, hoş geldiniz.

COVID-19 küresel salgını, bireylerin günlük yaşantılarında olduğu kadar, sosyal ilişkilerde, ekonomide, kamu hizmetlerinde, hak ve özgürlüklerin kullanımında pek çok yeni sorun doğurmuş ve bu yeni sorunlar nedeniyle devlet kurumlarının rolü ve işlevselliği gibi konularda, yeni tartışmaları gündeme getirmiştir. Dünya Sağlık Örgütü tarafından COVID-19'un pandemi olarak ilan edilmesinin nedeni; tüm ülkeler için tehdit oluşturacak şekilde, insandan insana kolay bir şekilde, hızlıca yayılıyor olmasıdır. Bu tür geniş çaplı salgın hastalıklar dünya tarihinde; ekonomik, sosyal, hukuki ve yönetsel çok yönlü değişikliklere yol açmıştır. Dünya tarihi bu tür genel tehditlerin etkilerini ve olası sonuçlarını hesap edemeyen ve alışıldık yöntemlerde direnen yapıların nasıl dağılıp işlevsiz kaldığını gösteren nice örneklerle doludur. Dolayısıyla COVID-19'un potansiyel olarak insanların yaşam biçimlerinde yol açabileceği düşünsel ve yönetsel değişimler ve potansiyel bazı etkilerinin iyi analiz edilerek, her alanda yeni yöntem ve yaklaşımların geliştirilmesine ihtiyaç bulunmaktadır.

Dünya Sağlık Örgütü, salgının etkilerine karşı bütün ülkelerin sağlığı korumak, ekonomik ve sosyal aksaklıkları en aza indirmek ve insan haklarına saygı göstermek arasında iyi bir denge kurmak zorunda olduklarını belirtmektedir.

Örgüt, COVID-19 sürecinin ırkçı ve ayrımcı politikaların güçlenmesi, kadın ve çocuklara yönelik şiddetin artması, bu grupların, yaşlıların, engellilerin, evsizlerin ve mültecilerin eğitim ve kamu hizmetlerine ulaşımının kısıtlanması; sağlığın korunması amacıyla getirilen kısıtlamaların, hak ve özgürlüklerin baskılanması amacıyla kullanılması, salgınla mücadelede gerekli altyapı ve ekipmana ulaşma zorlukları ve uluslararası iş birliği eksikliğini başlıca tehdit alanları olarak sıralamaktadır.

COVID-19 küresel düzeyde üretim merkezlerini olumsuz etkilediği için tüm dünyayı etkileyecek bir arz sorununun, ithal girdiye dayalı sanayilerde üretim düşüşlerinin ve genel talep daralmasının eşzamanlı olarak yaşanması gibi bir resesyon tehdidini içermektedir. Daha da önemlisi her sektörde fiilen çalışan insanlara halen gereksinim bulunmaktadır. Doğal olarak sadece işsizlik değil, kapsam olarak bir istihdam sorunu ile de karşı karşıya bulunmaktayız. Çalışanların risk algısı değişmekte, büyüklerine ve çocuklarına bakma zorunlulukları gibi nedenlerle insanların işlerinden ayrılmayı tercih ettikleri gözlenmektedir. Alınan önlemler ve izlenen önleyici politikalar, yerleşik iş yapma biçimlerini zorlamaktadır. Bunun ülkelerde, yabancı düşmanlığının, popülizmin güçlenmesi, iç çatışmaların artması, ülkeler arasında yeni anlaşmazlıkların oluşması en temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması gibi olumsuz sonuçları da olabilmektedir.



Pandemi sürecinin sosyal anlamda ilk etkisi; toplumda yaşattığı korku ve güven hissinin kaybolmasıdır. İnsanlar, alışık oldukları yaşam ilişkilerinden kopmakta, kendileri ve yakınlarının hayatlarından endişe etmekte, ekonomik açıdan sahip olduklarının yitimi tehlikesiyle karşı karşıya kalmakta, hatta birbirleriyle ölümcül bir rekabetin içine girdikleri hissine kapılmaktadırlar. Böyle bir algının yayılması pandemiyle mücadelede yönetsel otoritelerin işlerini de zorlaştırmakta. Ülkeler yerleşik yönetsel mekanizmalar, hukuki süreçler ve konseptler ile süreci yönetmekte zorlanmaktadır. Dolayısıyla kamu hizmetlerinin yeni şartlara göre etkili bir biçimde yerine getirilmesi, insanlara güven verici iletişim kanallarının açık tutulması, durumun gerektirdiği iş birliği imkanlarının ulusal ve küresel düzeyde geliştirilmesi gibi pek çok alanda değişim zorunluluğu ortaya çıkmaktadır.

COVID-19 tehdidi, geçimlerini gündelik çalışma ile sağlayan grupları yakından etkilemektedir. Bu durum kayıt dışı çalışanlar için birkaç kat daha fazla olumsuz sonuçlar doğurmaktadır. Küçük ve orta boy işletmelerin, küçük esnafın alınan önlemler nedeniyle karşı karşıya kaldıkları üretim, pazarlama ve satış sorunları; önce çalışanların işlerini kaybetmeleri, sonra da işletmelerin kapanmasıyla sonuçlanabilmektedir.

Dolayısıyla COVID-19 ile mücadele bir sağlık sorunu olmanın ötesinde, ekonomik ve sosyal bir dizi sorunu beraberinde getirmektedir. Devletlerin, daha açık ifade etmek gerekirse; yürütme otoritesinin, salgının önlenmesine yönelik, başta

sağlık sektörü olmak üzere kamu hizmetlerinin etkili olarak verilmesinde hareketlilik kısıtlanmaları getirilmesi ve denetlenmesinde, önlemlerin neden olduğu tedarik ve üretim sorunlarının çözümlenmesinde konumu güçlenirken, aynı zamanda ekonomide sosyal yardım ve teşvik politikalarını hayata geçirmek gibi sorumlulukları da artmaktadır.

Tüm bu konular eninde sonunda insan hakları konusunda yeni tartışmaları gündeme getirmektedir. Tüm bu sıralananlar, yaşanan sorunların çözümünde kamunun etkili bir rol üstlenmesini zorunlu kılmaktadır. Hizmetlerin yürütülmesinden koordine edilmesine, denetimden teşvik sistemlerinin geliştirilmesine, karlı olmayan ama salgınla baş edebilmekte zorunlu alt yapı ve araştırma hizmetlerinin desteklenmesine kadar devletler sürecin yönetiminde birincil aktör konumuna gelmektedirler.

Küresel salgınla mücadelede yine küresel iş birliğinin güç kazanması, hatta uluslararası örgütler ve bölgesel entegrasyonlar yoluyla genel bir değişime kapı aralanması ihtimali potansiyel olarak bulunmaktadır.

Ancak yakın dönemde yaşadığımız süreç, bunu doğrulayacak bir gelişme ortaya koymamıştır. Salgın sürecinde Avrupa düzeyinde AB koordinatörlüğünde bir iş birliği ve dayanışma geliştirilememiştir. Salgın küresel düzeyde bir iş birliğini zorunlu kılmakta ancak bunun ulus ötesi oluşumlarca gerçekleştirilmesi açısından sorunlar yaşanmaktadır.

Buraya kadar ele aldığımız konular COVID-19 sonrasında devletlerin yeniden yapılanmalarının yönü hakkında birbirleriyle yakından etkileşimsel bir ilişkiye sahip bulunan iki unsurun belirleyici olacağını bizlere göstermektedir. Bunlardan ilki devletin krizlerle baş edebilme derecesini belirleyen devlet kapasitesidir. İkincisi ise olağanüstü dönemlerde devlet kapasitesinin aşırı kullanımını sınırlayan bir demokratik hesap verilebilirliğin sağlanması çerçevesinde, demokratik kurumların süreçte işler kılınabilmesidir. Bu iki unsurun kendi içlerinde farklı yansımalarının öncelikle ele alınması, sonra da karşılıklı etkileşim sonucunda ortaya çıkabilecek modellerin üzerinde durulması gerekmektedir.

Konu ile ilgili diğer bir husus; bireysel hak ve özgürlükler ile genel güvenlik ve kamusal hak ve özgürlükler arasındaki dengenin bu koşullarda yeniden oluşturulması zorunluluğudur. Yakın dönemde yaşadığımız birçok sorun sadece COVID-19 değil, birçok sorun özgürlük güvenlik ilişkisi, bireysel özgürlük ile kamusal hak ve özgürlükler konularında geliştirilen yorum, yaklaşım ve hukuki mekanizmaların üzerinde yeniden düşünülmesini zorunlu kılmaktadır. Tekrar hatırlatmak gerekirse; tüm bu konularda yeni yaklaşımlar geliştirilemediği tak-

dirde karşılaştığımız sorunlar daha büyük sorunları tetikleyebilecek niteliktedir.

Türkiye’de ve dünya ölçeğinde böyle bir süreçten geçtiğimiz dönemde, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Başkanlığı ile üniversitemizin hukuk fakültesi dekanlığının ortaklaşa düzenledikleri “İnsan Hakları Perspektifinden COVID-19’a Karşı Aşı Uygulamaları Çalıştayı” karşılaşılan sorunlara ilişkin bilimsel bir müzakere zemininin oluşması açısından çok önemli bir adım oluşturmaktadır.

Çalıştay süresince, konularında yetkin bilim insanlarının ve uzmanların getirecekleri yeni yaklaşım ve çözüm önerileri ilgili tartışmalara yol gösterici olacaktır. Çalıştayı düzenlenmesinde büyük emeği geçen Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Başkanı, Dostum Profesör Doktor Muharrem Kılıç’a şükranlarımı sunuyorum.

Kritik dönemlerde insanların konuları ve sorunları konuşmaktan çekindikleri dönemlerde, konuşma cesaretini gösteren mesai arkadaşım Sayın Kılıç’ı İstanbul Üniversitesi çatısı altında ağırlamaktan onur duyduğumu belirtmek istiyorum.

Çalıştayı hayat bulmasında büyük katkıları olan başta Hukuk Fakültesi Dekanımız Profesör Doktor Ömer Ekmekçi Hocam olmak üzere, hukuk fakültesi öğretim üyelerine, değerli bildirileriyle çalıştaya katkı sunan bilim insanlarımıza ve uzmanlara huzurlarınızda teşekkürlerimi sunuyorum. Çalıştayı başarıyla geçmesi dileğiyle, hepinizi saygı ve sevgiyle selamlıyorum.

SUNUCU

Sayın Hocamıza verdiği güzel mesajlar için çok teşekkür ederiz. Şimdi de açış konuşmalarını gerçekleştirmek üzere Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Başkanı, Profesör Doktor Sayın Muharrem Kılıç’ı sahneye davet ediyorum, buyurun efendim.



Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Başkanı

Prof. Dr. Muharrem KILIÇ

Sayın Rektör Yardımcım, Sayın Dekanım, Kıymetli Hazirun, Değerli Meslektaşlarım; öncelikle hepinizi saygı ve sevgiyle selamlıyorum. Hoş geldiniz, sefalar getirdiniz.

Bu çalıştayı gerçekleştirmesinde başta Sayın Dekanımız olmak üzere Rektör Yardımcımız, Değerli Dostum, Üstadımızın gerçekten büyük iş birliği ve etkin destekleri bize yol gösterici oldu, büyük bir katkı sağladı. Kendilerine huzurlarınızda teşekkür ediyorum.

Tabii ki zorunlu aşı uygulamaları üzerine bir çalıştay yapmanın, hele böylesi bir ortamda, küresel insanlık olarak hala pandeminin ağır yükünü taşıdığımız, pandeminin ağır neticeleri, sonuçlarıyla yüzleştığımız bir dönemde, gerçekten bazı güçlükleri var. Çünkü malumunuz olduğu üzere zorunlu aşı uygulamalarına dönük de bir karşı sivil aktivizmin olduğunu da hepimiz görüyoruz, tanıklık ediyoruz. Kafalar bazı noktalarda karışık. Tabii ki bunun ancak bilimin aydınlığıyla aydınlanması mümkün. Tabii ki biz burada yoğunluklu olarak ya da ağırlıklı olarak bu aşı uygulamalarının hem mukayeseli hukuk açısından hem de dünyadaki farklı örnekler çerçevesinde nasıl ele alınması gerektiğine dair, nasıl uygulandığına dair bir perspektif ortaya koymaya çalışacağız. Bu noktada değerli öğretim üyelerimiz, değerli meslektaşlarımızın katkılarıyla bugün gün boyu devam edecek olan çalıştayda buna ilişkin bir bakış açısının ortaya çıkması, bu anlamda başı çeken ülke uygulamalarının ele alınması büyük önem arz ediyor.

Malumunuz olduğu üzere 11 Mart 2020'de Dünya Sağlık Örgütü'nün açıkladığı üzere Çin'in Wuhan eyaletinde ortaya çıkan, sonradan pandemiye dönüşen bir virüsle karşı karşıyayız. Tabiri caizse dünyayı etkisi altına alan bir insanlık trajedisıyla de karşı karşıyayız. Az sonra neden trajedi dediğimi ifade edeceğim.

Camus'un "*Veba*" adlı romanında, okuyanlarımız bilirler; orada güzel bir özdeyişsel ifadesi vardır: "İnsanlar vebadan ötürü yorgunlar." Herkeste bir yorgunluk olduğundan söz eder ve herkesin biraz vebalı olduğunu ifade eder ilgili romanda. Ben de hatta bunu bir alıntı olarak kitabın, sosyal haklara ilişkin yazmış olduğum kitabın girişinde de bu alıntıyı, iktibası yapmıştım.

O günden bugüne geldiğimizde; gerçekten pandemiye dönüşen bu salgının, trajediye dönüşen ağır travmaları ortaya çıktı. Toplumsal psikolojiyi etkiledi, ekonomiyi etkiledi. Sosyo-ekonomik düzeni ciddi anlamda olumsuz yönde etkisi altına aldı. Hatta buna ilişkin olarak hukuk düzenleri, hukuk uygulaması, kamu idaresine ilişkin de ciddi anlamda değişikliklerin, olağanüstülüklerin ortaya çıkmasına yol açtı.

Pandeminin hemen başındaydı, tam tarihi hatırlayamıyorum ama Agamben'le yapılan bir söyleşide, "İstisna Hali" kitabını okumuşsunuzdur ya da en azından duymuşsunuzdur, bunun yeni bir istisna hali olarak pandemi sonrası, Post-Covid dönemde yönetsel bir pratiğe dönüşme riskine de işaret edilmişti. Bu da gerçekten önemli çünkü bu türden olağanüstülükler, pandemi malumunuz bir olağanüstülük durumu ortaya koyuyor. Yerleşik düzenleri, az önce saymış olduğum boyutlar üzerinden baktığımız zaman, altüst ettiğini görüyoruz. O açıdan da buna dikkat çekilmesi önemli. Bu olağanüstü halin ya da olağanüstü durumun sosyo-ekonomik ve farklı boyutlarıyla tabii ki olağanüstü tedbirleri de beraberinde getirmesi kaçınılmaz. Ama bunun bir anlamda hukuka uygun bir şekilde insan haklarının temel güvence alanlarını da dikkate alır bir biçimde uygulanması, bu tedbirlerin kamu sağlığını, kamu düzenini koruma adına bu tedbirlerin bu hukuki çerçevede, insan hakları temelinde ele alınması ya da uygulanması büyük önem arz ediyor.

Kötümserlik havası yaratmak için söylemiyorum ama biraz tablonun karamsar boyutunu da ifade eder biçimde bazı tespitleri ve verileri sizlerle, siz değerli hazirunla paylaşmak istiyorum. Mutlaka gün boyu yapılacak olan oturumlarda bunlar da tartışılacaktır diye umut ediyorum.

Özellikle Dünya Sağlık Örgütüne ilişkin iki gün önce almış olduğum veriyi sizlerle paylaşmak istiyorum. Veriye göre 4 milyon 724 bin 876 (tabii değişmiştir, iki gün öncesinin rakamı) Covid'e bağlı olarak ölüm verisini sizlerle paylaşmak istiyorum. Yaklaşık olarak 230 milyonun üzerinde, 231 milyona yakın COVID-19 vakası... Tabii bu veriler kaydın yapıldığı ya da veri girişinin olması üzerine alınmış veriler. Tabii ki kayıt dışı verilerini artık sizlerin takdirine, sizlerin tahayyülüne bırakıyorum.

Yine 23 Eylül tarihi itibarıyla bu zamana kadar uygulanmış olan, küresel anlamda baktığımız zaman aşı uygulamasında; 5 milyar 874 milyon, yaklaşık 6 milyara yakın bir aşı uygulamasının global ölçekte yapıldığını görüyoruz. Oxfam International'ın bu noktadaki özellikle bu yoksulluklar, yoksul ülkelerin sosyo-ekonomik durumu açısından baktığımız zaman, değerlendirme yaptığımız zaman; buradaki eşitsizliği ortaya koyan tespitleri var, onları da sizlerle paylaşmak istiyorum. Zengin ülkelerin küresel dozların %80'ini uyguladığını ifade ediyor. Neredeyse %20'lik oranda yoksul ülkelere kalan bir miktar olduğunu ifade etmemiz gerekiyor. Yoksul ülkelerin yalnızca %0.5'inin ancak bu aşı uygulamasını gerçekleştirebildiğini kaydetmiş. Zengin ülkelerde her dört vatandaştan birisi aşı yaptırma imkânı bulabilirken, sosyo-ekonomik düzeyi düşük olan ülkelerde her 500 kişiden yalnızca biri aşı yaptırabilme olanağına, imkanına sahip olabilmiş.

Şimdi burada aşı uygulamaları açısından baktığımız zaman az önce nitelendirdiğimiz, zengin ülkeler açısından bir örneği sizlerle paylaşmak istiyorum. Yaklaşık 38 milyon nüfusu olan Kanada örneği, 7 farklı aşı üreticisiyle 400 milyondan fazla doz satın alma sözleşmesi imzaladığı görülmüyor. Yani buradaki nüfusla alınacak aşı oranına baktığımız zaman buradaki uçurumu görebiliyorsunuz.



Bu noktada halkın aşı ittifakı aralarında Global Justice Now (Küresel Adalet Şimdi), UNAİDS (Birleşmiş Milletler HIV/AIDS Programı), OXFAM'ın da yer aldığı bir ittifak söz konusu. Bu ittifak gerçekten bu aşı uygulamalarına ilişkin çok

çarpıcı verileri ve tespitleri paylaşıyor; onu da sizlerle paylaşmak istedim. Şöyle bir nitelendirmesi var “Büyük aşı soygunu!” Az önceki veriyle bu tespiti, birlikte değerlendirebiliriz. Bu platformun, ittifakın yayınlamış olduğu brifingde; aşı milyarderlerine atıfta bulunduğunu, aşı milyarderlerinin tröstlerinin oluştuğunu, aşı tekelinin oluştuğunu ifade ediyor. Fakat buna ilişkin farkındalık ya da işte bu dengesizlik, eşitsizlik çerçevesinde BM’nin 21 Eylül 2021 tarihinde genel kurul toplantısında, aşılanmanın sadece zengin ülkeler ve imkânı olan ülkeler açısından değil, tüm ülkeler, özellikle yoksul ülkelerde de aşı uygulamasını gerçekleştirebilmesi noktasında ortak ve global iradesini ortaya koyduklarını görüyoruz. Tabii bu iradenin hangi ölçüde yaşama geçirileceği ya da uygulanabileceği meselesini süreç içerisinde göreceğimizi ifade etmeliyim. Burada yine 22 Eylül tarihli “*Sanal Küresel COVID-19 Zirvesi*”nde aşı uygulamalarının hızlandırılması, lojistiğinin desteklenmesi sadece sosyo-ekonomik düzeyi yüksek ülkeler açısından değil, yoksul ülkeler açısından da bu imkânın temin edilmesine dönük bir irade paylaşımının olduğunu söylemem gerekiyor.

Şöyle bir tespit var; UNAİDS’in İcra Direktörü Winnie Byanyima, Ugandalı bir kadın aktivist, diyor ki “*Bugünkü tabloya baktığımız zaman bir aşı apartheidinden söz edebiliriz.*” Çok çarpıcı bir ifade. O açıdan bu zaten ağır bir insanlık trajedisine dönüşen tablo karşısında bu eşitsizliğin, bu ayrımcılığın, deyim yerindeyse tahkim edildiğini görebiliriz.

Bir başka sizlerle paylaşmak istediğim; çok taraflı liderler COVID-19 görev gücünün oluşturduğu bir veri tabanı söz konusu. Burada da bu ayrımın, özellikle sosyo-ekonomik durum açısından derinleşen bu ayrımcı uygulamalara yine bunun da dikkat çektiğini söylemem gerekiyor. Bu görev gücünün hedefi, öngörüsü 2021 yılının sonuna kadar her ülkedeki insanların en az %40’nın aşılınması, yani aşıya erişiminin sağlanması öngörüldüyor. 2022’ye ilişkin öngörüsü ise dünya nüfusunun en az %60’ının aşıya erişim konusunda imkâna kavuşması.

Peki Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu olarak, “*Bu aşı uygulamalarına dönük bizim ilgimizi cezbeden ya da ilgi alanımıza girmesine yol açan durum nedir?*” ya da “*İnsan hakları ihlalleri açısından durum nedir?*” diye bir soru yönelttiğimizde şunu söyleyebiliriz; malumunuz olduğu üzere yaşama hakkından, özel hayatın ve vücut bütünlüğünün korunmasına ilişkin hak güvenceleri açısından, seyahat özgürlüğünden ki malumunuz olduğu üzere aşı ya da PCR testi zorunluluğuyla ancak seyahat özgürlüğünü kullanabiliyorsunuz. Eğitim hakkı hakeza öyle; sabah üniversitenin girişinde öğrencilerin HES kodu okutarak üniversitelere, kampüslere giriş yapabildiğini, hakeza değerli öğretim üyelerimiz açısından da benzer bir durum olduğunu ifade etmem gerekiyor. Tabii ki bu hemen beraberinde, Sayın Dekanım burada, çalışma hakkı açısından istihdam

uygulamaları ya da politikası açısından da önem arz ettiğini ifade etmem gerekiyor. Buna ilişkin aşı uygulamalarının ya da bu durumun birtakım ihlallere yol açabilme potansiyelinin olduğunu ifade etmeliyim.

Belki kurumsal açıdan baktığımız zaman tabii ki bu durumun insan hakları boyutu da var ama ayrımcılık yasağı, Türkiye'nin tek ayrımcılık yasası olan 6701 sayılı Yasa, bizim aynı zamanda Kuruluş Kanunu'muz, açısından da baktığımızda da ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesi 6701 sayılı Kanun'un 3. maddesinde düzenlenmiş durumdadır. Hatta ifade özgürlüğü, az önce girizgahta da ifade etmiştim; konuya ilişkin aşı uygulamalarının zorunluluğuna dair söylemlerin, buna karşı belki aktivizmin ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceğine dair durumların da bir anlamda bizim kurumsal ilgi alanımıza ve misyonumuzla uyumla hale gelen bir ilgi alanına dönüştüğünü ifade etmeliyim.

Bir diğer nokta son olarak; gerçekten bunun burada, İstanbul Üniversitesinde ortaklaşa bir faaliyet, etkinlik olarak yapılıyor olması anlamlı. Bunun da bizim Kuruluş Kanunu'muzun 9. maddesinde de yer aldığı üzere, *"insan haklarının korunması ve geliştirilmesi"* misyonumuz babında ve diğer temel misyonumuz ayrımcılığın önlenmesi, eşitliğin temin edilmesi noktasındaki temel kurumsal misyonumuz çerçevesinde bunun ülkenin en güzide üniversitesi, en köklü üniversitesi olan İstanbul Üniversitesinde ortaklaşa gerçekleşiyor olması anlamlı ve önemli. Bu az önce söylemiş olduğum kanuna dayalı bir biçimde bizim misyonumuzun da bir gereği. Üniversitelerle iş birliği açık bir biçimde kanunumuzda da düzenlenmiş durumda. Temel paydaşlarımız, hakeza sivil toplum örgütleri bu alanda insan hakları alanında farklı alanlara ilişkin konularda yine bizim temel paydaşlarımız olarak karşımıza çıkıyor. O açıdan bunun bu paydaşlık temelinde yapılıyor olmasının anlamlı olduğunu ifade etmem gerekiyor. Biz göreve geldikten sonra yoğun bir biçimde üniversitelerimizle bu noktada ve bunun çerçevesini de ortaya koymak adına protokoller imzalamak suretiyle bu alanı genişletmeyi, derinleştirmeyi arzu ediyoruz İstanbul Üniversitesiyle bu noktada temasımız devam ediyor. Bu vesileyle Sayın Rektörümüze bu noktadaki destekleyici perspektifinden ötürü huzurlarınızda teşekkürlerimi sunmak istiyorum.

Bir bilgiyle konuşmamı sonlandırayım; bu çalıştayı diğer yani yaptığımız, daha önceki yapılan faaliyetlerde de olduğu üzere çalıştayı çıktısı büyük önem arz ediyor. Burada değerli bilim insanları, değerli hocalarımızın kıymetli katkılarını sizlerle şu an Youtube'dan canlı olarak bütün ulusal, uluslararası kamuoyuyla da paylaşıyoruz. Bunun çıktılarını bir araya getirmek, yayınlamak tabii ki önemli bir çıktı ama bir sonuç bildirgesine de bağlama, bizim kurumsal olarak özellikle politika uygulayıcılara, insan haklarına, duyarlı insan hakları perspekti-

fiyle uyumlu politikalar geliştirilmesi noktasında da yön tayin edici ya da tavsiye niteliğinde adımlar ya da bakış açıları olarak ortaya konulmasını arzu ediyoruz.

Şu bilgiyi de paylaşayım; Kurumumuzun ön inceleme biriminde bu konuyla ilgili iki tane başvuru bulunmakta, henüz Kurul gündemine gelmiş değil. Bu aşı uygulamasının birisi eğitim hakkıyla ilgili olmak üzere diğeri de istihdamla ilişkili olmak üzere iki başvuru var. Henüz kurul gündemine gelmiş değil az önce de ifade ettiğim üzere. Ve tabii ki sayıca, hele bu etkinlik sonrasında daha da buna benzer başvuruları alacağımızı umut ediyorum, bekliyorum. O açıdan bu çalıştayı çıktıkları kurumsal anlamda bizim açımızdan büyük önem arz ediyor. Ben tekrar Sayın Rektör Yardımcıma bu güzel ev sahipliği için, Sayın Dekanıma, Sayın Rektörüme, Değerli Hocalarıma çok teşekkür ediyorum. Bugün burayı, bilimsel görüşleriyle şenlendirecek olan kıymetli katılımcılarımıza, değerli hocalarımıza da yürekten teşekkürlerimi sunuyorum. Saygı ve sevgilerimle başarılı bir çalıştay olmasını diliyorum. Sağ olun, var olun.

SUNUCU

Sayın Başkanım konuşmanız için çok teşekkür ediyoruz. Şimdi bir hediye takdimi gerçekleştirilecektir. İstanbul Üniversitesi, Rektör Yardımcısı Profesör Doktor Sayın Haluk Alkan ile Hukuk Fakültesi Dekanı Profesör Doktor Sayın Ömer Ekmekçi'nin hediye takdimlerini arz ediyorum efendim.



 Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ

Bana hem Rektör Hoca tarafından hem de Haluk Hocam tarafından birinci haber olarak geldi. Yani İstanbul Üniversitesinde bu kadar seviliyorsunuz. Sizin gibi memleket sevdalısı ve büyük tevazu sahibi bir insanın, bir hocanın bu makamda olmasından da biz büyük kıvanç duyuyoruz. Hukuk fakültesi maddi-manevi her türlü faaliyetle yanınızdadır. Onun için emredin; biz çalışalım, biz yapalım hocam. Saygılarımızla, hoş geldiniz.

SUNUCU

Evet bu nazik hediye için bizler de sizlere çok teşekkür ediyoruz. Şimdi çalıştayımızın ilk oturumuna başlayacağız. Sağlık Bakanlığı, Korona Virüs Bilim Kurulu Üyesi, Profesör Doktor Sayın Recep Öztürk, İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Doktor Öğretim Üyesi Sayın Mine Kasapoğlu Turhan ve İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Doktor Öğretim Üyesi Sayın İzzet Mert Ertan'ı ve yine oturum başkanımız İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi Profesör Doktor Yasemin Işıktacı sahneye davet ediyorum efendim.



COVID-19 Aşılarının Etkiiliği ve Gerekliliği

Dr. Recep ÖZTÜRK

İMÜ Tıp Fakültesi

İnfeksiyon Hastalıkları Kliniği AD

rozerturk@medipolistanbul.edu.tr

nsan Hakları Arayıcısı COVID-19'a Karşı Aşı Mayınlamaları Çalışması
Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, 21 Eylül 2021



OTURUM

İDARENİN GENEL SAĞLIĞI KORUMA
VAZİFESİ VE COVID-19'A KARŞI AŞI
UYGULAMALARI

Oturum Başkanı

Prof. Dr. Yasemin IŞIKTAÇ



İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Yasemin IŞIKTAÇ

Sayın Dekanım, Kıymetli Katılımcılar, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Başkanı Sayın Muharrem Kılıç, hepinizi saygı ve sevgiyle selamlıyorum. İlk oturum için bana görev verilmişti, bunun için de teşekkür ediyorum. Böylece ilk elden bilgileri elde etme imkânına da kavuşmuş oldum. Korsan tebliğ veremeyeceğim ama birkaç cümle söylemek istiyorum. Katılım hem online hem canlı olarak yapıldığı için belki az kişi gibi gözükebilir. Doğrudan izleyen insan sayısı da herhalde toplantı sonrasında tekrar ortaya çıkacaktır. Biz burada yüz yüze olabildiğimiz için çok seviniyoruz. Çünkü pandemide gerçekten en fazla hissettiğimiz eksiklerden birisi bu. İkinci husus; dört tane aşısını yaptırmış birisiyim. Çip takıldıysa aynen o durumdayım; iki Sinovac, iki BioNTech, kolye yaptım, boynuma doladım.

Biz hem Sağlık Bakanlığının hem de Türkiye'nin stratejik olarak aşıyla ilgili almış olduğu kararları destekliyoruz ve bunun kamu sağlığı açısından taşıdığı öneme dikkatlerinizi sunmak istiyorum. Sadece bizim sağlığımızla ilgili değil, benim dünya güzeli bir torunum var, 8 yaşında; onun için güzel bir dünya olsun diye de, aşı biraz sıkıntı verse de bu aşıları yaptırmayı öngörüyoruz. Çünkü başkaca da bir tedbir söz konusu değil şu anda. Mesafe ve maske. Maskeden insanları tanıyamaz duruma geldik; Kıymetli Muharrem Hocamı görünce hemen tanıyamadım. İnşallah geçecek diyorum. 1-2-3-4, 40'a kadar bende şey var; 40 tane aşı olacağım, ondan sonrasında artık olmam, geçsin yani demek istiyorum.

Bu ilk oturumda yine Çok Kıymetli Hocamız Profesör Doktor Recep Öztürk; kendileri aynı zamanda Sağlık Bakanlığı, Korona Virüs Bilim Kurulu Üyesi. Onların aldığı kararlar doğrultusunda da biz buna ilişkin tedbirleri gerçekleştiriyoruz. Buyursunlar efendim, ilgiyle dinleyeceğiz sizi.



Sağlık Bakanlığı Koronavirüs Bilim Kurulu Üyesi

Prof. Dr. Recep ÖZTÜRK

COVID-19'a Karşı Aşının Etkinliği ve Bazı Meslekler İçin Gerekliliği

Sayın Başkan, Değerli Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Başkanı, Değerli Öğretim Üyesi Meslektaşlarım, Arkadaşlarım, Değerli Katılımcılar,

Şöyle; ben çok ağır bir hastalık geçirdim, nisan başı 2020'de, yoğun bakıma girmeme ramak kaldı. Eşimle birlikte geçirdim. Babamı maalesef COVID-19'dan kaybettim. Ve kendimiz Rize İkizdere'nin küçük bir köyü, toplam nüfusu; İstanbul ve çevresindekilerle göç edenlerle beraber 5000. İki eniştemiz, biz onları, Rize deyince eniştellerimiz de bizdendir; iki eniştemiz, 9 kişiyi kaybettik, birisi ilkökul öğretmenim. O açıdan "*Covid ne yapıyor?*" diyen insanlar, sadece bu gerçeği bir anlasınlar. Covid'in ne yaptığını, nelere mal olduğunu, ölümleri, aylarca hastanede yatanları ve orada zamanını, ailesinin zamanını, o sağlık çalışanlarının zamanını doğal olarak alan, o fedakârca çalışanların zamanını alanları dikkatini ze tevdi ederim.

Şimdi tabii süremiz çok kısıtlı, bana verilen konu başlığı; "*COVID-19 Aşılarının Etkinliği ve Bazı Mesleklerde Gerekliliği*". Ben pandemi döneminde meslekle ilişkisini vurgulayacaktım ama gerekliliği şeklinde kısalttım.

Biz aşılardan ne bekliyoruz, yani daha işin başından beri? Hastalıktan korunma; özellikle ciddi seyirli ve kritik hastalıktan korunma. Bu hem şahıslar için çok önemli hem de sağlık hizmetinin çökmemesi için. Bakın pek çoğumuz kronik hastalıklarımızı, yakınlarımızın, kendimizin bu dönemde aksattık. Sağlık sistemi çökmemesi için, sağlık sistemine bir taşınabilecek yük yüklemek için bu çok önemli. Tabii ki bulaşıcılığın azalması ve kitlenin bağışıklığını sağlayarak hastalığın önlenmesini amaçlıyoruz. Burada bu "*kitle*", bazıları "*sürü*" diyorlar,

insan sürü olmaz. Kitle bağışıklığı o kadar önemli ki siz çocuk ve erişkin, belli bir düzeyde bu hastalıkların bulaşma kapasitesiyle ilişkili aşılamazsanız, salgını durduramazsınız. Bu bugün, daha önce %70-80 diyorduk ama delta varyantı devreye girip bulaşıcılık çok arttığı için, aşılardan etkinlik oranı düştüğü için; artık en az %80-%90'a çıkmalıyız, tabii çalışmaları onaylanan çocuk yaş grubunu da kapsayarak.

Bir diğer soru, çok eleştiri geliyor *"Efendim bu aşı çok kısa sürede oluştu, hazırlandı."* Değerli meslektaşlarım doğru. Bakın burada aşılardan genelde 5-6, hatta bazen daha uzun süre gerektirdiğini ama hızlı aşılama, aşı geliştirme periyotlarının da olduğunu belirtiyim. Burada ne oldu ki aşı hızlı geliştirildi; bir, bakın İnsan Genom Projesi için yola çıkıldığında, 2000'in başlarında, baktılar ki biz yeni bir metot bulmazsak 50 sene sürecekti. Onun üzerine önce DNA dizilimi çalışmalarına önem verdiler, teknolojik bir gelişim yaşandı, 8-9 senede bitti. Daha önce mikrobun genetik haritasını, tüm görev analizini insanoğlu 3-4 senede, sonda biraz azalmıştı 2 sene, 3 senede gerçekleştiriyor. Fakat bu virüste, teknoloji o kadar gelişti ki üç haftada bu sağlandı. Bakın iki üç seneyi siz zaten virüsün genomunun analizinden kazandınız. Sonra yoğun bir yönetim desteği geldi. Dünyada eşine rastlanmamış çünkü pandemi tüm dünyayı etkiledi, küresel bir dünya. Ülke hükümetleri, ülkemiz dâhil, AB, CDC, ECDC, TÜSEB, TÜBİTAK tüm kuruluşlar aşılar hem maddi açıdan hem yönetsel açıdan büyük destek verdi. Bilim adamlarından çok ciddi bir ekip anlayışıyla, hemen her alandan bu alana büyük bir destek ve odaklanma geldi. SARS-COV- 1 virüsü, biliyorsunuz çok öldürücü virüstü. Bu dönemde aşı adayları geliştirilmişti. Ama hastalık ortadan kalktığı için destekler kalktı ve aşının ileri faz çalışmaları yapılamadı, oradan büyük bir tecrübe vardı. Yine aynı gruptan gelen MERS-Corona virüsün de yine büyük bir tecrübesi vardı; bu faz 1'e kadar geldi ama orada durdu. Bu nedenle zannediliyor ki aşılarda böyle yoktan icat ediliyor. Hayır, böyle bir şey yok! Bu başarıları tek şey kanser aşılı için uzun yıllardır çalışılan, 1960'ta başlayan süreç, 1980'de hızlanıp, 2000'den sonra RNA aşılarda özellikle kanserli hastalar için çok büyük bir çalışmalar yapıldı. Ama talih bu Korona Virüs nedeniyle onların yüzünü güldürdü. Yani m-RNA aşılı 2 senelik, 3 senelik olay değil. Bakın dün DNA çalışmalarıyla Nobel ödülü almış Bilim Adamımız Aziz Sancar, DNA'da kırılma nasıl meydana gelir? DNA zarar görmesin, gördüğü zararı nasıl onaralım diye çalışan bilim insanı aşılarla ilgili sözlerine bak. Ama gelin Türkiye'ye *"Efendim aşılar genetiğimizi bozacak, şunu bozacak..."* Bu aşı DNA genetiği bozulmasını diye, bozulunca nasıl tamir edilecek diye ömrünü veren, Nobel alan bilim insanını aşıya *"evet"* diyor. Ama biz kalkıyoruz hiçbir DNA, RNA bilgimiz olmadan, ilgisiz şekilde suçlamalar yapıyoruz. Dünyada aşılama durumuna baktığımızda; önce laboratuvar teyitli vaka 232 milyon, ölüm 4,8 milyon; bunlar laboratuvar

teyitli. Biliyorsunuz en az %10-15 laboratuvarda teyit olamıyor, PCR negatif çıkıyor. Ve bir oranda da %40'la 80'e yakın asimptomatik, yani yakalayamadığımız vaka var. Bu rakamları en az ikiyle çarpmamız gerektiği, ölümleri de bir %20 oranında artırmamız gerektiği ortadadır. 6 milyar 100 milyon küsur doz aşı uygulandı. Dünya nüfusunun %44'üne kadar en az bir doz aşı uygulandı. Her gün 26 milyon doza yakın aşı uygulanıyor. Ama Sayın Başkan belirtti; düşük gelirli ülkelerde maalesef en az bir doz aşı uygulama oranı %2,2, bu fecaat. Çünkü tüm dünya bunlara yardım etmeli. Bunlar aşılanmazsa dünyada tehdit devam edecek. Bu aşı kadar güvenli aşı verisine sahip hiçbir aşı yok. Çıksın birileri desin ki *"Güvenlik çalışmaları, faz 3 çalışmaları bundan daha iyi yapılmış bir aşı vardır."* Herhangi birisi, kim söylesen, ortaya koysun, *"Efendim faz 3 bitmemiş."* Ya böyle bir şey olur mu; faz 3 bitmeden bir aşıya acil kullanım onayı verilebilir mi? Mümkün mü bu; kim verebilir, hangi yiğit verebilir? Böyle bir şey olabilir mi? Ama faz çalışmalarının doğası gereği siz o insanları 4-5 sene izleyeceksiniz. Bu aşıya onay vermenizi engellemez. Bir şey daha söyleyeceğim; birisi çıksın desin ki *"Bugüne kadar mevcut olan aşılardan iki aydan daha uzun sürede yan etkisi olmuş."* Var mı? En fazla iki ay! Beş sene sonra yan etkisi ortaya çıkacak bir aşı bugüne kadar uygulanmış mı; lütfen ortaya konulsun.

Bugün çok değişik aşılardan var, bu teorik bilgilere gitmeyeceğim. Ama 112 aşı klinik gelişim sürecinde, 180 aşı preklinik, yani klinik öncesi gelişim sürecinde. Bu süreçlerin gerek hayvan ve klinik öncesi çalışmaları o kadar hassas bir şekilde takip ediliyor ki Türkiye'de tam tersi bir eleştiri var. İşte 15 aşımızdan halen üçü dördü klinik aşamaya geçmiş. Tabii ki öyle olacak çünkü çok hassas ölçütlerle, bu işi çok iyi bilen, ülkede bu konuda yetişmiş insan gücüyle bunlar hem yetiştirenler hem üretenler hem de denetleyenler çok hassas davranıyorlar. Dünyada da böyle. Aşıda en ufak hata yaparsanız, ileriki aşamalarda onay alamazsanız, aşınızı satamazsınız. Kendi ülkenizde hadi diyelim kullandınız, asla ve asla hiçbir yerden onay alamazsınız.

En fazla geliştirilen aşı protein temelli aşılardan. Ama RNA aşısı en fazla kullanılan aşı. Adaylar arasında protein temelli aşılardan olmasına rağmen RNA aşısı kullanımda çok fazla. Burada tabii ki aşı üreticileri var. Kar elde etmek isteyen, bunu etik dışı yollarla yapana hepimiz karşıyız ama sonuçta insanlar üretecekler, geliştirecekler. Burada kamunun, kar etmeyen kuruluşların ve özel kuruluşların aşılardaki yerine baktığınız zaman, burada çok büyük bir devlet, kamu desteği var, üniversite desteği var.

Güvenlik kriterleri çok ayrıntılı çalışılan bir alan. Aşılar hakkında daha ayrıntılı bilgiye girmeden biz esas konumuza gelelim; çok fazla aşı var. Ama net olarak söyleyeyim; messenger RNA için niye bugüne kadar başarı sağlanmadı, çok ko-

lay parçalanıyor, hemen parçalanıyor. Onun için özel polietilen glikol içine aldılar. Aşı yetkisi sağlayacak kadar kalabiliyor ve vücuttan hızla atılıyor. Bir başka aşı çeşidi Moderna aşıları da öyle hassas yapılmış ki özel bir delasyon metoduyla bu çekirdekte belli bir şeyden sonra çoğalamıyor, yani özel olarak hazırlanmış. O nedenle *“aşılar genetiğimizi değiştirir”* şeklindeki ifadenin hiçbir bilimsel temeli yoktur. *“Neden Sinovac aşısına acil kullanım onayı verildi de RNA aşısına verilmedi.”* Dünya Sağlık Örgütü RNA aşısını çok daha önce onayladı. Dünya Sağlık Örgütünün onayladığı bir aşıya sizin acil kullanım onayı vermenize gerek yok. Ama Sinovac Türkiye’de uygulandığında faz 3 bitmişti. Dünya Sağlık Örgütü henüz dosyayı onaylamamıştı. Ondan dolayı Türkiye buna acil kullanım onayı verdi. RNA aşısı da şu anda ruhsat aldı.

Aşı etkinliği etkililiği nedir? Aşı etkinliği ideal koşullar altında, aşıllarda aşısızlara göre ilgili hastalık insidansında azalma yüzdesidir. Ciddi çalışmalar yapılıyor, etik kurullardan onaylı, çok ciddi takip ediliyor. Güvenlik veri analizi izleyen grup var, verileri değerlendiren grup var. Ciddi bir faz 3 çalışma yapılıyor ve bu faz 3 çalışma dergide yayınlanıyor. Burada aşıllarda aşısızlara göre bir kıyaslama yapılıyor. Aşı etkinliği ise biz buna eskiden saha etkinliği diyorduk. Aşının gerçek hayatta ne kadar koruduğunu ortaya koyuyoruz, yani toplumda ne kadar koruyor? Çünkü çalışmalar çok hassastır, belirli grupları alırsınız almazsınız. Ama sahaya çıkınca artık herkese uyguluyorsunuz; gerçek veriler de oradan geliyor.

Sinovac etkililiği %50-91. Niye bu kadar bant aralığı geniş; çünkü çalışmaya aldığınız insan kitlesi, sağlık çalışanlarını çok alırsanız, onların habire test yaptırıyorlar, sonuçları etkiliyor. Çin’in diğer aşısı %73, m-RNA aşıları %94, 90’nın üzerinde etki sağladılar ama Delta virüs tamamen yüzünün çehresini çok değiştirdiği için etkinlik %40-80 arasına düştü yine Moderna benzer etkiye sahip. Vektör aşıları da %65-75 etkililiğine sahip olarak gözüküyor. Fakat varyantlar, özellikle Delta varyant bu söylediğim etkinlikleri çok azalttılar. Neye karşı; özellikle hafif enfeksiyonlarda başarı çok düştü, etkinlik çok düştü. Ama ağır enfeksiyonlarda, ölümlerde, yoğun bakıma yatışlarda etkililik yine devam ediyor. Bugün net olarak dünyanın herhangi bir ülkesinden; İsrail’den, İngiltere’den efendim Malezya’dan, Türkiye’den nereyi alırsanız alın, bugün rastgele gidin bir yoğun bakıma şunu görüyorsunuz; yatan hastaların, ağır hastaların %90 kadarı hiç aşısı olmayanlar veya aşıları eksik olanlar. Yani bunu İngiltere de böyle bildiriyor, Türkiye de böyle bildiriyor; neresine bakarsanız bakın hiçbir şey değişmiyor.

Bir örnek; İngiltere Ocak-Temmuz 2021 arası 51 bin 281 Covid ölümü, 50 bini aşkın. Ne kadar tam aşı; 256. Peki bu 256’ya bakıyoruz, bakın çok çok düşük bir oran. Onların da çoğunda ya ciddi bağışıklık yetmezliği var. Geçen Hacetstepe’de bir hocamızı kaybettik. Böbrek nakli yapılmış, bağışıklık bozukluğu

olan bir insan bunda kolay kolay antikor gelişmiyor. *“Aşılar kesin mucize şeyidir, herkeste antikor geliştirir.”* böyle bir iddiamız yok. Kimde geliştiriyor, kimde geliştirmiyor, kimde yan etki yapıyor bunlar tek tek belli. Ve yine bu ölenler içerisinde dediğim gibi ağır hastalığı olanlar oldukça fazlaydı. Bu verinin ayrıntısını burada görüyorsunuz. Bu rakamların benzeri hangi ülkeyi alırsanız alın aşağı yukarı birbirine çok benzeşiyor.

Bir diğer olay; COVID-19 aşılarının hastaneye yatışları çok anlamlı oranda azalttığını ortaya koyan Amerika verisi. Bizim ülkemizdeki veriler de böyle. Şimdi gelelim aşı yan etkilerine; ani-kısa sürede ortaya çıkanlar anafilaksi. Milyonda bir ama çok öldürücü bir etki. Mutlaka anafilaksi anamezi veren bir kişiye, bütün tedbirler alınarak hastane koşullarında aşı yapılmalıdır. Alerjiler, kısa-orta sürede ortaya çıkanlar. Aşı uygulama yerindeki belirtiler, işte trombotik olaylar, myokardit. Özellikle MRNA aşılarında myokardit. Geç; İki ay içinde olanlar. Mesela polio çocuk felci aşılarından sonra nadiren çocuk felci oluşmuştur. Ama bu o kadar az ki veyahut da bazı aşılarından sonra, grip aşısından sonra Guillain-Bare dediğimiz bir tablo iki aylık bir sürede oluşmuştur. Ama hastalık geçirirsek en az 17 kat fazla. O nedenle şu cümlem oldukça önemli; Aşılar değişik yan etkilere sahiptir. Covid aşıları da grip aşıları da, Hepatit-B aşısı da, kızamık aşısı da. Ama aşıların gösterdiği yan etkileri, eğer o hastalığı geçirirsek en az 5-10 kat-100 kat daha fazla geçiririz, ek komplikasyonlar hariç. Yani myokardit mi açın myokarditi o çocuk, o yaş grubu, genç grubu eğer Covid geçirirse 4-6 kat daha fazla myokardit olacak. Ama sadece myokardit değil o çocukta, bu sefer başka yan etkileri olacak. Bu sözü nereye koyarsak koyalım, hangi ölçekleri alırsak alalım 5-10- 100 kat daha, hatta bazen 100 kattan daha fazla görülür. Gripteki Guillain-Bare komplikasyonunda olduğu gibi. İkinci konu; hangi risk grupları ve meslekler için aşı gerektiği. Şimdi uygulamaya başladığımızda Türkiye ve tüm dünya yaşı ele alarak ve risk gruplarını ele alarak bir aşılama başlattı, herkese tabii aşı yetmiyordu. Kimdir bunlar; başta sağlık çalışanları, yaşlılar, engelliler, koruma evlerinde kalanlar ve burada hizmet verenler. Toplumsal hizmetlerin sürdürülmesi için öncelikli meslekler; savunma, güvenlik, gıda üretimi, eğitim, ulaşım sektörü gibi sektörler her yerde öncelenmişti. Bakın bir örnek Türkiye’de bu zaten yayınlanmıştı. Yaşa göre, sürdürülmesi gereken mesleklere göre aşılama başlatılmıştı ve kronik hastalığı olanlar öncelenmişti. Mesleki güvenlik ve sağlık idaresi, kuruluşu hangi kriterleri alıyor? Diyor ki *“Ben hastalığa göre ve bir de ortama göre bir risk sıralaması yapıyorum.”* Yaşlılar, kronik hastalığı olanlar; diyabet, kalp, karaciğer, böbrek gibi hastalığı olanlar, engellilik durumları olanlar ve tabii ki doğal olarak ortamı da dikkate alalım. Nedir bu ortam; kapalı, havalandırma sorunu olan, çok yakın temas riski olan yerler; barlar, gece kulüpleri, kapalı yemek mekanları, spor salonları, egzersiz ortamlar, berberler, kuaförler

ve diğer yakın temas gerektiren diğer hizmetler. Özellikle havalandırma sorunu olan ortamlar. Okullar, çalışmalar... Yani okullar dikkat ederseniz en sona koydum ve en aza koydum. Eğer kurallara uysak, işte 30 dakikalık dersler, pence-relerin açılması gibi tedbirleri alırsak, öğrencilerimize maske taktırırsak... Hele bugün öğretmenler, öğretim üyeleri, öğrenciler aşılanırsa bu risk bayağı düşer.

Aşı karışıklığına biraz değineyim. Bakın bir anekdot; 1885'te Pasteur aşısı buluyor. Hemen Sultan Abdulhamit Pasteur'e davet gönderiyor. Diyor ki *"Ülkemize gel aşı üret."* Pasteur, hemen Sultan Abdulhamit bir biyologlardan, hekimlerden bir küçük ekip kuruyor. Pasteur'un yanına gönderiyor. Devlet, yüksek devlet nişanı, mecidiye nişanıyla beraber belli bir miktarda bir maddi destek gönderiyor. Ve bu ekip aşısı öğreniyor, gelip iki sene sonra Türkiye'de aşı üretiyor. Vizyon sahibi budur. O zaman çiçek aşısı vardı, üç doz uygulanıyordu. Çiçeği de malum İngiltere ve dünya bizden öğrendi. Aşı sertifikası, aşı şahadetnamesi... Bugün diyorlar ya cipliyorlar, işte karne veriyorlar, o gün var. Aşı şahadetnamesine Fransızcadan atıfla aşı sertifikası deniyor ve üç doz aşı yapıldığı 1906'lı yıllarda tek tek ortaya konuyor. Aşı karışıklığına baktığımız zaman eskiden beri var, karışıklar her zaman olur. Ama ilk gerçek karışıklık bir yalana dayanıyor. Bir gastroenterolog 12 hastası üzerine bir çalışma yapıyor, bir dergide yayınlıyor. İngiltere ve dünya ciddi şekilde etkileniyor. Tabii insanlar inanıyorlar, hemen korkular başlıyor; bir bakıyorlar ki böyle değil. Aylarca yıllarca süren bir kavga oluyor ve bu yayının sahte olduğu, uydurma olduğu; çok değişik nedenlerle bakarsanız olayın hukuki yönü de vardır. Sonrasında bu yayın, Lancet gibi bir dergiden geri çekiliyor. Bu yayın şu anda yoktur. Ama halen bu yayına atıfla; işte *"Aşılar otizm yapar. / Aşılar şunu yapar, aşılar bunu yapar."* Bunlara tek tek girmeyeyim ama şunu diyeyim; aşıların neden olduğu yan etkiler, en az hastalıkça, herhangi bir hastalık tarafından 5-10- 100 kat daha fazla yapılır. Bugün aşıların, aşı karışıklığı nedeniyle hemen her ülkede ölümler, aşıyla önlenabilir ölümlerde önemli artmalar var. Kızamık daha önce 1 milyon insan öldürüyordu her sene ama şimdi bu sayı çok çok düşmüştü. Türkiye vakayı 2-3'e indirmişti ama dünyadaki karışıklıklardan Türkiye de kısmen nasibini aldı. Dünyada şu anda 30 bine yakın ölüm oluyor.

Peki aşı karışıklığı nasıl bu kadar yayılabildi. Aşının en büyük düşmanı yine aşı. Niye; çünkü o kadar başarılı oldu ki bakın desteklerle yürüyen çocuklar artık görmüyoruz. Çevremizde ölen, kızamıktan ölen, işte difteriden ölen vakalar görmüyoruz. Ve bakın yoğun bakımlar çocuk felciyle dolu değil. Etrafımızda bir anekdotumuz yok. Ben en son gördüğüm çocuk felci kendi teyzemin torunu, yıllar önce, şu anda 40'lı yaşlarda; bir Porio geçirdi. Çiçek hastalığı gibi ağır öldürücü hastalıklar görmüyoruz. Ve bakın Merhum Ceyhun Atıf Kansu bir çocuk hekimi ve şair. Ben, bir günde 23 küçük ölünün gömüldüğünü gördüm bu köyde kızamıktan. *"Ya siz ne gördünüz söyleyin! Bir şey söyleyin bir şey söyleyin"*

uzaktan!” Bir şaire, bir çocuk hekimine bu şiirleri söyleten... Bu şiir çok meşhurdur “Kızamık Ağıtı” diye, buna insanların bakmasını öneririm. Bugün hakikaten hem küresel sağlığa hem küresel ekonomiye hem bireysel sağlığınıza aşılardan sağladığı katkıyı zaman olsaydı çok daha ayrıntılı anlatırdım. Ve Nobel ödüllü Bilim İnsanı Aziz Sancar’ın “Türkiye’de olsam aşı kuyruğuna girer yaptırırdım. Ve kanun zorlamasa bile aşı olmak gerekir. Ne diyeceğim bilmiyorum çünkü aşı karşıtı olmak bence mantık dışı bir tutumdur; aşı karşıtı olmak mantıklı bir tutum değildir.” diyor. Ve 2007’ de verdiğim, Uzmanlık Alanımız Derneğinin bir konferansında; enfeksiyon hastalıklarının dünyayı tehdit ettiğini ve etmeye devam edeceğine beyanla bazı öneriler sunmuştum. O öneriler sadedinde bu hastalığı gelirse; pandemi bir süre daha dünyayı etkilemeye devam edecektir; 2021’in sonunu zaten göreceğiz, 2022’de bize bağlı, aşılama oranları ve kurallara bağlılığımız sonucu belirleyecek. Henüz kullanıma giren spesifik bir antiviral yok, o açıdan kişisel tedbirler ve aşı halen en büyük önemini sürdürüyor. Ama yaygın bağışıklamaya rağmen burada işte takmaya çalıştığımız maske ve mesafe tedbirlerimize devam etmek durumundayız. Ama şu anda toplumda gördüğüm maalesef kişisel korunma önlemleri çok çok azaldı.

Rahmetli Ekrem Hocam, 1985’li yıllarda çıkardığı kitabında Korona virüslerle ilgili çok geniş açıklamalara yer vermiştir. Hoca bugün olsaydı kalp krizinden kesin giderdi. Yani aşıya karşı bir kesimin, hele tıp fakültesi hekimlerin de bunun arasında, tıp fakültesi mezunları diyeyim... Çünkü hekimin gerçekten aşı karşıtı olması mümkün değil. Ve sonuçta şöyle diyordu Rahmetli Hoca... Yılmayacağız, durmadan çalışacağız! Biz olmasak bile bizden sonrakiler zengin, ileri, güçlü ve mikropları, parazitleri zincire vurmuş bir Türkiye’de mutlu olarak yaşayacaklardır. İlginize teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Yasemin IŞIKTAÇ

Sayın Profesör Doktor Recep Öztürk’e içten teşekkürlerimizi sunuyoruz. Biraz süre belki kısıydı ama çok aydınlatıcı bilgiler verdiler. Buradaki sıradan devam etmek istiyorum. Doktor Öğretim Üyesi Mine Kasapoğlu Turhan, “Kamu Düzeninin Sağlanması Genel Sağlık Unsuru ve İdarenin Görev ve Yetkileri” başlıklı tebliğini sunacaklar, buyursunlar efendim.



İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Öğretim Üyesi

**Dr. Öğr. Üyesi Mine KASAPOĞLU
TURHAN**

Kamu Düzeninin Sağlanmasında Genel Sağlık Unsuru ile İdarenin Görev ve Yetkileri

Sayın Başkanım, Sayın Rektör Yardımcım, Sayın Dekanım, Değerli Hocalarım ve Değerli Katılımcılar,

Öncelikle içinde bulunduğumuz bu pandemi sürecinde böylesine önemli bir konuda düzenlenen bu çalıştayda yer almaktan dolayı duyduğum memnuniyeti ifade etmek isterim. Bu çalıştayın organizasyonunda emeği geçen Türkiye İnsan Hakları Eşitlik Kurumuna ve İstanbul Üniversitesine teşekkürlerimi sunuyorum.

Bugün burada sizlere genel sağlık kavramı ile genel sağlığın korunması konusunda idareye düşen görevlerden bahsetmek istiyorum.

Benim konuşmam diğer konuşmalardan biraz farklı olarak genel çerçeveyi çizecek. Aşı özelinde bir konuşma olmayacak. 2019 yılında zorunlu aşıya ilişkin bir makale yazmıştım. İlginçtir ki ben bu makaleyi kaleme alırken, tam bir yıl sonra pandemiye yaşayacağımız aklımın ucundan bile geçmemişti. O dönemde de aslında aşı karşıtlığı vardı ve Anayasa Mahkemesinin kararları gündemdedi. Ben de bu makaleyi o dönemde bu sebeple yazmaya karar vermiştim. Ama bir yıl sonra gerçekten de hiçbirimizin inanamayacağı şeyleri tüm dünya olarak yaşadık.

Evet, pandemi tüm dünyanın hazırlıksız yakalandığı bir süreç oldu. Ve birçok ülkenin hukuki alt yapısı da buna hazır değildi. Kimi ülkeler olağanüstü hâl ilan ederken, kimi ülkeler olağan dönem koşullarında mevcut düzenlemelerle bu soruna çözümler üretmeye çalıştı.

Tabii burada en büyük sorun; temel hak ve özgürlükler ile genel sağlık arasındaki dengenin kurulmasında yaşandı. Bu oldukça zor bir konu. COVID-19 pandemisiyle mücadele ederken, Türkiye olağanüstü hâl ilan etmedi. Olağan dönemin hukuki alt yapısının ise bu tedbirlerin alınması konusunda yeterli olup olmadığı hala tartışılmaktadır.

Şimdi öncelikle ben kamu düzeni kavramı ve kamu düzeni unsurlarından olan genel sağlık kavramı üzerinde biraz durmak istiyorum; konuşmama bu şekilde başlamak istiyorum. Kamu düzeni kavramı oldukça soyut bir kavram olup, tanımlanması oldukça güçtür. Soyut bir kavram olmakla birlikte, kamu düzeni kavramı günlük hayatımızın ayrılmaz bir parçasıdır. İdarenin en temel görevlerinden biri de kamu düzeninin sağlanması ve korunmasıdır.

Klasik anlayışa göre, kamu düzeninin unsurları kamu güvenliği, kamu dirliği- esenliği ve kamu sağlığı ya da diğer bir deyişle genel sağlıktır. Genel sağlık kavramına baktığımız zaman, öncelikle Anayasa'nın 56. maddesinde sağlık hakkı bulunmaktadır ve bu maddeye göre herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olması gerekir. Yine aynı maddede, herkesin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak da devlete bir görev olarak verilmiştir. Bunun için elbette ki genel sağlığın korunması gerekir.

Sağlık hakkı Anayasa'nın 56.maddesinde düzenlenmektedir. Kişilerin sadece yaşama hakkının korunması yeterli olmayıp, herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına da sahip olması gerekir. 56. maddede herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak devlete bir görev olarak verilmiştir. Bireylerin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürebilmesi için toplum sağlığının yani genel sağlığın da korunması gerekir.

Dünya Sağlık Örgütü Anayasası'nda sağlık kavramı "*yalnız hastalık ve malûliyetin yokluğu olmayıp beden, ruhen ve sosyal bakımdan tam bir iyilik hali*" olarak tanımlamaktadır¹. Aynı tanım, 224 Sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun'un 2. maddesinde de yer almaktadır. 1 No'lu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 352. maddesinde de aynı ifadeler kullanılmaktadır².

224 Sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun'un 2. maddesinde sağlık hizmetleri kavramı da "İnsan sağlığına zarar veren çeşitli faktörlerin yok edilmesi ve toplumun bu faktörlerin tesirinden korunması, hastaların tedavi edilmesi, bedeni ve ruhi kabiliyet ve melekeleri azalmış olanların işe

¹ "Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity". https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf (Erişim tarihi, 17.09.2021).

² 1 No'lu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi m.352: "*Herkesin bedeni, zihni ve sosyal bakımdan tam bir iyilik hâli içinde hayatını sürdürmesini sağlamak amacıyla, Sağlık Bakanlığının görev ve yetkileri şunlardır...*"

alıştırılması (Rehabilitasyon) için yapılan tıbbi faaliyetler sağlık hizmetidir” şeklinde tanımlanmaktadır. Görüldüğü gibi Kanun’da “*insan sağlığına zarar veren çeşitli faktörlerin yok edilmesi ve toplumun bu faktörlerin tesirinden korunması*” ifadeleriyle genel sağlığın korunması da sağlık hizmeti kavramı içinde ele alınmıştır. Aslında genel sağlığın korunması için yürütülen kolluk faaliyetleri sağlık kamu hizmetlerini koruyarak/yardım ederek, hem kamu hizmetlerinde düzenlilik ve süreklilik ilkesinin sağlanmasına, hem de kamu düzeninin korunmasına katkıda bulunur³.

“Genel sağlık” kavramı Anayasa’da temel hak ve özgürlükleri sınırlandırma sebebi olarak çeşitli maddelerde düzenlenmiştir⁴. 1593 Sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu’nda da “umumi sıhhat” yani genel sağlık kavramı kullanılmaktadır. Ancak 1 Nolu CBK’da genel sağlık yerine “halk sağlığı” kavramı tercih edilmiştir. Bunların dışında zaman zaman mevzuatta ve yargı kararlarında “kamu sağlığı”, “toplum sağlığı” ve “çevre sağlığı” kavramlarına da yer verildiği görülmektedir.

Genel sağlık toplumun bulaşıcı hastalıklardan korunması ve toplumsal yaşamın sağlıklı bir ortamda sürdürülmesi şeklinde tanımlanabilir⁵. Toplumda hastalık ve hastalık tehlikesinin olmaması anlamını taşıyan genel sağlığın korunmasındaki amaç teker teker bireylerin iyileştirilmesinden ziyade, genel olarak toplum sağlığının korunması için bulaşıcı ve salgın hastalıkların önlenmesi, gıda güvenliği, temiz bir çevrede yaşama koşullarının sağlanması gibi amaçlarla gerekli tedbirlerin alınmasını gerektirir⁶.

Peki genel sağlığın korunmasında görevli ve yetkili idari makamlar hangileridir? Bu dönemde belki de en çok tartışılan konulardan biri de bu oldu. Neden tartıştık bunu? Çünkü pandemi sürecinde yaklaşık bir buçuk yıldır gerek basın-dan, gerek sosyal medyadan, gerekse radyo ve televizyonlardan genellikle Sağlık Bakanının açıklamalarını izledik. Ancak alınan tedbirlere baktığımızda; bu tedbirlerin İçişleri Bakanlığı’nın genelgelerine dayanılarak alındığını görüyoruz. İçişleri Bakanlığı tarafından çıkarılan genelgelerde; valiliklere, İl ve İlçe Umumi Hıfzıssıhha Kurullarına talimatlar verildi ve bu talimatlar üzerine de gerekli tedbirler alındı.

³ ONAR, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.III, Üçüncü Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, s.1478.

⁴ AY m. 20 (özel hayatın gizliliği), m.21 (konut dokunulmazlığı), m.22 (haberleşme hürriyeti), m.31 (kamu tüzelkişilerinin elindeki basın dışı kitle haberleşme araçlarından yararlanma hakkı), m.33 (dermek kurma hürriyeti), m.34 (toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı), m.51 (sendika kurma hakkı), m.125/6 (yürütmenin durdurulmasının sınırlandırılması).

⁵ AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil: Türk İdare Hukuku, Savaş Yayınevi, 12.Baskı, Ankara Eylül 2020, s.582.

⁶ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.582.

Burada aslında belki de hangi idari makamlar genel sağlığın korunmasında yetkilidir, bunun üzerinde de tartışmamız ve buna ilişkin hukuki altyapının nasıl oluşturulması gerektiğini yeniden düşünmemiz gerekir.

1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca, ülkede sağlık koşullarını iyileştirmek, toplum sağlığına zarar veren bütün hastalıklarla mücadele etmek ve gelecek neslin sağlıklı bir şekilde yetişmesini sağlamak Devletin görevlerindendir. 1593 Sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 2. maddesine göre, genel sağlık hizmetlerine ilişkin Devletin görevleri Sağlık Bakanlığı tarafından yerine getirilir. Ayrıca, aynı Kanun'un 3.maddesine göre, çocuk ölümlerini azaltmak, salgın hastalıkların yurda girmesine engel olmak ve her türlü salgın hastalıkla mücadele etmek Sağlık Bakanlığı'nın görevleri arasında yer almaktadır.

Bütün sağlık işlerinde ve bunların denetlenmesinde yetkili mercii Sağlık Bakanlığı'dır. Ayrıca yine 1593 Sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 64. maddesine göre, tehlikeli bir salgın hastalık ortaya çıktığı zaman, bunu duyurmaya ve bu Kanun'da belirtilen tedbirleri uygulamaya Sağlık Bakanlığı yetkilidir⁷.

Yine, Kanun'un 20.maddesinin 10. fıkrası uyarınca, belediyelerin bulaşıcı hastalıklarla mücadeleye yardım etme görevi bulunmaktadır. Bunun yanı sıra, her ilde İl Umumi Hıfzıssıhha Kurulu bulunur⁸. Kanun'un 27. maddesine göre, Umumi Hıfzıssıhha Kurulları şehir, kasaba ve köylerde sağlık durumunun iyileşmesine ve mevcut sakıncaların giderilmesine yarayan tedbirleri alma yetkisine sahiptir. COVID-19 pandemisinde birçok idari kolluk tedbiri bu kurullar tarafından alınmıştır. Kanun'un 28. maddesine göre ise, Umumi Hıfzıssıhha Kurullarının kararlarının gereği vali ve kaymakam tarafından yerine getirilir ve bunun için izin gereken durumlar kaymakamlık tarafından valiliğe, valilik tarafından ise Sağlık Bakanlığı'na sorulur.

Ayrıca 1 No'lu Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 352'nci maddesinde, Sağlık Bakanlığı'nın görevleri arasında *“halk sağlığının korunması ve geliştirilmesi, hastalık risklerinin azaltılması ve önlenmesi için çalışmalar yapmak”* ve *“uluslararası önemi haiz halk sağlığı risklerinin ülkeye girmesini önlemek”* sayılmaktadır.

⁷ 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 neşri ilân ve o hastalığa karşı bu kanunda mezkûr tedabirin kaffesini veya bir kısmını tatbika Sıhhat ve İçtimai Muavenet Vekaleti salahiyyettardır.

⁸ 1593 Sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 23.maddesine göre, İl Umumi Hıfzıssıhha Kurulları vali başkanlığında, belediye başkanı, il sağlık müdürü, il milli eğitim müdürü, il ve tarım orman müdürü, çevre mühendisi, hudut ve sahiller sağlık genel müdürlüğü bölge başhekim, devlet hastanesi başhekim, bir devlet hastanesi hekimi, belediye hekimi, garnizon ve kıta bulunan yerlerde en büyük askeri hekim, serbest hekim, serbest eczacıdan oluşur.

Sonuç olarak, salgın hastalıklarla mücadele konusunda, yetkili makam Sağlık Bakanlığı'dır. Ancak bu süreçte alınan tedbirlerin çoğunun İçişleri Bakanlığı genelgeleri ile verilen talimatlar üzerine İl Umumi Hıfzıssıhha Kurulları tarafından alındığı görülmektedir. Bu noktada Türkiye'de pandemi ile mücadele amacıyla alınan idari kolluk tedbirlerinde yetki karmaşası yaşanmıştır. Tabii burada İçişleri Bakanlığının genelgelerinin ve bu genelgelere dayanılarak çıkarılan Umumi Hıfzıssıhha Kurulu kararlarının aslında yetki unsuru bakımından hukuka aykırı olduğu da ileri sürülebilir. Çünkü Sağlık Bakanlığı dediğim gibi esas yetkili makam. İdarenin kanuniliği ilkesi uyarınca, yetkinin kanuna dayanması gerekir.

Yetki karmaşası yaşanmasının sebebi biraz da mevzuattaki eksikliklerden de kaynaklandı. 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda şu anda pandemi ile mücadele için alınması gereken tedbirlerin aslında birçoğu bu kanunda yer almamaktadır. Yani Kanun zaten 1930 tarihli bir kanun, oldukça eski bir kanun ve günümüzün teknolojik gelişmelerine, bilimsel gelişmelerine de ayak uyduramayan bir kanun. Pandemiye alınması gereken her türlü tedbiri düzenlememektedir. Dolayısıyla bu kanun ve mevzuattaki eksikliklerden dolayı da bu yetkiye ilişkin karmaşalar yaşandı. Bu yüzden, alınan tedbirlerin birçoğunun sebep ve konu unsuru bakımında da hukuka aykırı olduğunu söylemek mümkündür. Pandemi ile etkin bir şekilde mücadele edebilmek için öncelikle Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun günümüz koşullarına uygun hale getirilmesi ve ayrıca kanunda pandemiye ilişkin ayrıntılı düzenlemelerin (pandemide alınacak tedbirler, yetkili merci, usulü vb.) yer alması gerekir. Pandemi sürecinde uygulanan ve kanuni dayanağı bulunmayan idari kolluk tedbirleri, Anayasa'nın 13. maddesine de aykırıdır⁹.

Bir başka hususun üzerinde daha durmak istiyorum. Yine 1 No'lu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 361. maddesinde Halk Sağlığı Genel Müdürlüğüne de bazı yetkiler veriliyor. Halk Sağlığı Genel Müdürlüğüne verilen yetkilerden bir tanesi ise şu "Halk sağlığını tehdit eden konularda gereken tüm tedbirleri almak ve gerektiğinde müeyyide uygulamak." Belki bizim üzerinde en çok tartışmamız gereken konulardan biri de mevzuatın kaleme alınış şekli. Çünkü burada baktığımız zaman, tüm tedbirleri almak, müeyyideler uygulamak belirlilik ilkesine de uygun değil. Hangi tedbirler, hangi yaptırımlar uygulanacak, nasıl uygulanacak, hangi usul izlenerek uygulanacak; bunlar açık ve net değil. Yani hem bireyler tarafından hem de idare bakımından açık değil. Oysaki bu tedbirler ve uygulanacak yaptırımlar büyük bir ihtimalle temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliğinde uygulamalar olacaktır. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile de temel hak

⁹ **GÖZLER, Kemal:** "Korona Virüs Salgınıyla Mücadele İçin Alınan Tedbirler Hukuka Uygun Mu? (2)", <http://www.anayasa.gen.tr/korona-2.htm> (Erişim Tarihi: 09.07.2020); **SEVER, Çiğdem:** "COVID-19 Günlerinde İdare Hukuku: Salgınla Mücadelede Kolluk Yetkileri Üzerine Bir İnceleme", *Anayasa Hukuku Dergisi*, 9 (17), 2020, s.204.

ve özgürlükler düzenlenemeyeceğinden, bunların aslında kanunla düzenlenmesi gerekir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de zorunlu aşı ile ilgili Halime Sare Aysal Başvurusu'nda Halk Sağlık Kurumu'na halk sağlığının korunması için KHK ile yetki verilmesini Anayasa'nın ikinci kısmının ikinci bölümünde yer alan bir temel hakka yönelik sınırlandırma ve müdahale açısından hukuki bir dayanak olarak kabul etmeyecek Anayasa'ya aykırı bulmuştur¹⁰.

Genel sağlığın korunmasında görevli ve yetkili bir başka makam da Türkiye Hudut ve Sahiller Sağlık Genel Müdürlüğü'dür. Bu kurum, 4 No'lu Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi m. 653 uyarınca kamu tüzel kişiliğini haiz bir kurumdur. Bu kurum da yine genel sağlığın korunması konusunda çeşitli yetkilerle donatılmıştır. Uluslararası önemi haiz halk sağlığı risklerinin ülkemize girmesini önlemek için çeşitli yetkileri bulunmaktadır.

Yine Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu, kamu tüzel kişiliğini haiz bir kurumdur. Bu Kurum da ilaç, tıbbi cihaz, geleneksel bitkisel tıbbi ürünler gibi ürünlere ilişkin düzenleme, denetleme yapma ve yaptırım uygulama yetkilerine sahiptir. Dolayısıyla genel sağlık alanında bu kurumun da kolluk yetkileri olduğunu söyleyebiliriz.

Tarım ve Orman Bakanlığı'nın da genel sağlığın korunması konusunda bazı yetkileri bulunmaktadır. Örneğin gıda işletmelerinin insan sağlığı ve gıda güvenliği açısından tehlike oluşturmaması için gerekli tedbirleri almak ve yaptırım uygulamak Bakanlığın görevleri arasındadır (Bkz. Gıda İşletmelerinin Kayıt ve Onay İşlemlerine Dair Yönetmelik). Çevre Kanunu'nda ise Çevre ve Şehircilik Bakanlığının bu Kanun'dan kaynaklanan ve sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşayabilmemiz için gerekli tedbirleri almasına ilişkin bazı düzenlemeler bulunmaktadır. Ayrıca belediyelere ve ilk özel idarelerine de genel sağlığın konulması konusunda mevzuatta çeşitli görevler ve yetkiler verilmiştir.

Peki biraz da genel sağlığın korunmasına ilişkin idari tedbirlerden bahsedelim. Tedbirler karşımıza farklı şekillerde çıkabilir; kolluk işlemi veya kolluk eylemi şeklinde çıkabilir. Öncelikle burada koruyucu sağlık hizmet kavramı ile genel sağlığı koruma amaçlı yürütülen kolluk faaliyetlerinin birbirinden farklı olduğunu belirtmek gerekir. Koruyucu sağlık hizmetlerinde zorlama yoktur. Ama idari kolluk faaliyetine geçtiği anda, yani genel sağlığın korunması anlamında, kolluk faaliyeti dediğimiz anda orada kamu gücünün olduğunu görüyoruz. Dolayısıyla koruyucu sağlık hizmetlerini kamu hizmeti kavramı içerisinde değerlendirebiliriz. Örneğin tavsiye edilen aşılardan yapılması koruyucu sağlık hizmeti olarak de-

¹⁰ Bkz. AYM, Halime Sare Aysal Başvurusu, Başvuru No: 2013/1789, 11/11/2015, R.G. 24.12.2015-29572.

ğerlendirilebilirken, aşı zorunlu hale geldiği andan itibaren artık bir idari kolluk faaliyeti olarak nitelendirilmelidir.

Genel sağlık alanında alınan idari kolluk tedbirlerini ülke sınırlarında ve limanlarda alınan tedbirler ile yurtiçinde alınan tedbirler şeklinde ikiye ayrılabilir¹¹. Örneğin bu noktada biraz önce belirttiğim Türkiye Hudut ve Sahiller Sağlık Genel Müdürlüğüne Umumi Hıfzıssıhha Kanunu ile verilen bazı yetkiler vardır. Bu yetkilerden bir tanesi de yolcu ve mürettebata aşı ve serum uygulanması. Yine aynı noktaya geliyoruz; burada da mevzuatta gerekli açıklığın olmadığını görüyoruz. Hangi aşı nasıl uygulanacak, hangi koşullarda uygulanacak, buna ilişkin usul kanunda açık değil. Vücut bütünlüğüne müdahale niteliğindeki bu tür tedbirlerin uygulanma koşullarının mutlaka kanunda açıkça düzenlenmesi gerekir.

Mart 2020'den itibaren çeşitli idari kolluk tedbirleri uygulandı, toplum olarak bu tedbirlere uymaya çalıştık; çok çeşitli tedbirlerle karşılaştık. Eğitim-öğretim ara vermeden tutun, sokağa çıkma yasaklarına kadar alınan bütün tedbirler günlük hayatımızı fazlasıyla etkiledi. Maske takma zorunluluğu, HES kodu uygulaması, PCR testi son dönemlerde üzerinde konuştuğumuz konulardan. Biz bu tedbirleri nasıl öğrendik? Bu konu da ayrı bir sorun olarak tartışabilir. Biz bu tedbirleri genellikle sosyal medyadan, basından, radyo ve televizyonlardan öğrendik. Peki nasıl öğrenmemiz gerekirdi? Hatırlayacak olursanız biz televizyonların başında bekledik: "Okullar açılacak mı?" "Kapanacak mı?" "Sokağa çıkma yasağı bitecek mi? Yeniden ilan edilecek mi?" bütün bunları televizyonlardan veya çeşitli yayın araçlarından öğrendik. Burada da bireylere çok daha şeffaf ve açık olunması gerektiğini düşünüyorum. Ülke çapında uygulanan bu tedbirlerin Resmî Gazete'de yayınlanması gerekirdi¹². Nitekim 10 No'lu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 4. maddesine baktığımızda, Cumhurbaşkanlığınca Resmî Gazete'de yayınlanması uygun görülen karar ve genelgelerin, Resmî Gazete'de yayınlanacağı belirtilmektedir. Buna göre ülke çapında uygulanacak olan idari kolluk tedbirlerine ilişkin kararların da Resmî Gazete'de duyurulması, kişilerin hayatını etkileyen bu tedbirlerden haberdar olabilmeleri bakımından oldukça önemlidir.

Genel sağlığın korunması amacıyla alınan tedbirleri içinde bulunduğumuz döneme göre değerlendirmeliyiz. Yani içinde bulunduğumuz dönem olağan bir dönem mi, yoksa olağanüstü hâl ilan edilmiş mi; buna göre değerlendirmemiz gerekir. Takdir edersiniz ki olağanüstü hâl ilan edildiğinde alınacak tedbirlerle

¹¹ SEVER, s.204.

¹² ŞİRİN, Tolga, "Tehlikeli Salgın Hastalıklarla Anayasal Mücadeleye Giriş", Anayasa Hukuku Dergisi, 2020, C.9, S.17 (s. 43-146), s.136.

olağan dönemde alınacak tedbirler arasında ağırlık ve yoğunluk bakımından ve uygulanacak hukuki rejim bakımından da farklılıklar olacaktır.

Türkiye’de COVID-19 pandemisinde OHAL ilan edilmedi. Böyle bir süreçte OHAL ilanı zorunlu olmamakla birlikte pandeminin boyutuna ve gidişatına göre bir değerlendirme yapılarak, OHAL ilanın gerekli olup olmadığına karar verilmelidir. Eğer OHAL ilan edilmeden, olağan dönemde alınabilecek tedbirlerle pandemiyle mücadele etmek mümkünse, OHAL ilan edilmemelidir. Olağan dönemde alınacak idari kolluk tedbirlerinin ise Anayasa’nın 13. maddesine ve ayrıca ilgili diğer maddelerdeki sınırlamalara uygun olması gerekir.

Genellikle biz İçişleri Bakanlığı genelgeleri üzerinden tedbirleri öğrendik. Ve bu genelgelere baktığımızda da genelgelerde hukuki dayanak olarak ifade edilen düzenlemeler; 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu’nun 11. maddesinin C bendi, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu’ndaki Hıfzıssıhha Kurullarını düzenleyen 27. madde ve tedbirleri düzenleyen 72. madde genellikle hukuki dayanak olarak İçişleri Bakanlığı genelgelerinde gösterildi. Burada yine üzerinde durmamız gereken husus; idarenin kanuniliği ilkesi. İl İdaresi Kanunu’nun 11. maddenin C bendinde; valiyeye gereken karar ve tedbirleri alabileceği belirtilerek, birtakım görev ve yetkiler veriliyor. Ama o maddede genel sağlığın korunmasına ilişkin bir sebep yok. Aynı şekilde yine Umumi Hıfzıssıhha Kanunu’nda tedbirlerle ilgili 72. maddede şu anda uygulanan tedbirlerin birçoğu da yok aslında. Söz konusu tedbirler alınırken, Anayasanın 13. maddesindeki temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin koşullara, Anayasanın çeşitli maddelerindeki özel sınırlama sebeplerine dikkat edilmesi gerekiyor.

Son dönemde belki de en çok tartıştığımız konulardan bir tanesi bu Çalıştayı da konusu; aşı uygulamaları. Evet şu anda Türkiye’de aşı zorunlu değil. Aşı zorunlu değil ama aşı yaptırmıyorsanız bu sefer PCR testi yaptırmak zorundasınız. Her ikisi de vücut bütünlüğüne müdahale niteliğinde birtakım faaliyetler. Anayasa Mahkemesi’nin aşuya ilişkin olarak, kanunilik ilkesine uyulmaması nedeniyle vücut bütünlüğüne müdahale olarak kabul ettiği kararları var. Ayrıca son dönemde çok güncel olan Nisan ayında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin verdiği bir karar var: Çekya kararı. İlerleyen oturumlarda bunlardan da konuşulacağı için ben burada bahsetmeyeceğim. Bu kararlarda aşı uygulamasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. maddesi kapsamında değerlendirildiğini görüyoruz. Evet vücut bütünlüğüne müdahale niteliğinde faaliyetler söz konusu olduğuna göre aslında bunların yine idarenin kanunilik ilkesine uygun olması gerekir. Ancak PCR testi zorunluluğunu bile biz genelgelerle öğrendik; kanunlarda böyle bir düzenleme yok. Bu nedenle genel sağlığın korunmasına ilişkin hukuki altyapımızı gözden geçirerek, söz konusu tedbirleri idarenin kanuniliği

ilkesi ve belirlilik ilkesi bakımından nasıl uyumlu hale getiririz; bunlar üzerine tartışmamız gerektiğini düşünüyorum.

OHAL ilan edilebilir mi bu süreçte? Evet OHAL ilan edilebilir. Bilindiği üzere Anayasa'nın 119. maddesi var ve Anayasa'nın 119. maddesine göre tehlikeli salgın hastalıkların ortaya çıkması durumunda OHAL ilan edilmesi de elbette mümkün. Bizim OHAL ilanına ilişkin mevzuatımız yeterli mi buna bir bakalım. Olağanüstü Hal Kanunu var; Olağanüstü Hal Kanunu'nun 9. maddesinde tehlikeli salgın hastalıklar sebebiyle OHAL ilan edilmesi durumunda alınacak tedbirler düzenlenmektedir. Ancak buraya baktığımızda şu anda uygulanan tedbirlerin aslında birçoğunun yine bu kanunda dahi olmadığını görüyoruz. Yani tehlikeli salgın hastalık sebebiyle sokağa çıkma yasağı ilanı bile yok OHAL Kanunu'nda. PCR testi zorunluluğu, maske takma zorunluluğu, aşı vs. bunların hiçbiri OHAL Kanununda dahi yok. Hatta şöyle ifade edeyim; İçişleri Bakanlığı genelgelerine dayanılarak bu tedbirler alındı ama OHAL Kanunu'nda yer alan tedbirlerin alınmasında yetkili makam il valisi veya bölge valisidir. Yani tedbirlerin alınması konusunda İçişleri Bakanlığı yine yok OHAL Kanunu'nda da. Dolayısıyla eğer OHAL ilan edilecekse, ki ilan edilebilir; o zaman yine buna ilişkin mevzuatın da yeniden düzenlenmesi gerekir. Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde öngörülen yükümlülüklerle aykırı tedbir alınması durumundaysa, Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ne bildirim yapılması zorunlu olup, yine tedbirlerin kaldırılması durumunda da bildirimin yapılması gerekmektedir.

Son olarak üzerinde durmak istediğim bir husus daha var, sonra toparlayacağım, sonuca geleceğim. Bu dönemde uygulanan yaptırımlar, idari para cezaları yine çok gündemde oldu. Yine genelgelerde bu idari para cezalarının hukuki dayanağı olarak Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 282. maddesi gösterildi. 282. maddesine göre idari para cezaları uygulandı. Ancak yine burada bir hukuki sorunla karşılaşyoruz. Pandemi sürecinde uygulanan birçok idari kolluk tedbiri yine bu kanunda yer almadığından, kanunda düzenlenmemiş tedbirlere uymayanlar hakkında uygulanan idari para cezalarının da hukuka aykırı olduğunu söylememiz mümkündür¹³.

Diğer taraftan para cezalarının hukuki dayanağı olarak gösterilen bir kanun daha var; o da Kabahatler Kanunu. Kabahatler Kanunu'na dayanılarak çeşitli idari para cezaları verildi. Onun sebebi de şuydu; 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu'nun 11/C maddesinde; valinin alacağı tedbir ve kararlara aykırı davrananlarla ilgili olarak 66. maddeye gönderme yapılıyor ve buna göre de Kabahatler Kanunu uygulanabiliyor. Ama yine biraz önce belirttiğim sebepten ötürü genel sağlık se-

¹³ **GÖZLER, Kemal**, "Korona Virüs Salgınıyla Mücadele İçin Alınan Tedbirler Hukuka Uygun mu?" (2) (anayasa.gen.tr) (Erişim tarihi, 09.11.2021).

bebi bu kanunda belirtilmediğinden, yani o ilgili maddede belirtilmediğinden ve alınan tedbirlerin birçoğu düzenlenmediğinden, Kabahatler Kanunu'na göre verilen idari para cezalarının da hukuka uygun olduğunu söylemek mümkün değildir.

Sonuç olarak; biz 1,5 yıldır yaşadıklarımızdan bazı dersler çıkardık. Hem bireysel olarak hem ülkeler çeşitli dersler çıkardı. Bu belki de bu bir başlangıç, biz belki ilerleyen yıllarda başka pandemiler yaşayacağız, inşallah yaşamayız, belki yaşayacağız bilemiyoruz. O yüzden bütün bu yaşadıklarımızın üzerine, genel sağlık kavramı üzerine yeniden düşünmemiz gerekir.

Pandemi sürecinde alınacak tedbirlerin hukuki bir zemine oturtulması gerekmektedir. İlk başta belki Umumi Hıfzıssıhha Kanunu yerine olağan dönemde genel sağlığın korunması amacıyla alınacak tedbirleri düzenleyen daha güncel ve günümüz koşullarına uygun bir kanun düzenlenmelidir. Ayrıca tehlikeli bir salgın hastalığın varlığı nedeniyle OHAL ilan edilmesi durumunda uygulanacak ve pandemiyle mücadelede alınacak tedbirleri düzenleyen bir kanun çıkarılması düşünülmelidir. Ve bu düzenlemelerde pandemi kavramının tanımı yapılmalı, pandemide alınacak tedbirlere ilişkin ayrıntılı düzenlemelere yer verilmelidir. Bu tedbirleri alacak idari makamlar da açıkça belirtilmelidir. Yani burada idarenin kanuniliği ilkesine, belirlilik ilkesine ve ölçülülük ilkesine uygun olarak bireylerin önceden ne ile karşılaşacaklarını önceden öngörebilmeleri ve aynı zamanda idari bakımdan da tereddütlere yer bırakmayacak düzenlemelere yer verilmesi gerektiğini düşünüyorum. Beni dinlediğiniz için teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Yasemin IŞIKTAÇ

Sayın Mine Kasapoğlu Turhan'a teşekkür ediyoruz güzel konuşmaları için. Şimdi de Doktor Öğretim Üyesi İzzet Ertan'dan, *"Sağlık Hakkı Perspektifinden Zorunlu Aşı Uygulaması ve Aşı Kartı Mecburiyeti"* başlıklı tebliği dinleyeceğiz, buyurun efendim.

Kaynakça

I. Kitap ve Makaleler

Akılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat/Kaya, Cemil, **Türk İdare Hukuku**, 12. bs., Ankara, Savaş Yayınevi, 2020.

Gözler Kemal, “Korona Virüs Salgınıyla Mücadele İçin Alınan Tedbirler Hukuka Uygun mu?” (2), anayasa.gen.tr (çevrimiçi), Erişim Tarihi: 09.11.2021.

Onar, Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C.III, 2. bs., İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1966.

Sever, Çiğdem, “COVID-19 Günlerinde İdare Hukuku: Salgınla Mücadelede Kolluk Yetkileri Üzerine Bir İnceleme”, **Anayasa Hukuku Dergisi**, C.9, S.17, 2020

Şirin, Tolga, “Tehlikeli Salgın Hastalıklarla Anayasal Mücadeleye Giriş”, **Anayasa Hukuku Dergisi**, 2020, C.9, S.17, s. 43-146.

II. AYM Kararı

Halime Sare Aysal Başvurusu, No. 2013/1789, 11/11/2015.



İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Öğretim Üyesi

Dr. Öğr. Üyesi İzzet Mert ERTAN

Sağlık Hakkı Perspektifinden Zorunlu Aşı Uygulaması ve Aşı Kartı Mecburiyeti

Evet, ben de öncelikle bu toplantının düzenlenmesi için emek gösteren Sayın Rektör Yardımcımıza, Sayın TİHEK Başkanımıza, Sayın Dekanımıza teşekkürle başlayayım. Muharrem Hocama ayrıca teşekkür etmem gerekir. Benim gibi akademik hayatını sosyal haklar alanında çalışmaya vakfetmiş birisi için son dönemde COVID-19'a ilişkin önemli bir eser yayınladı kendisi. Sosyal haklar perspektifinden ele aldı; dünyada bile henüz çok fazla örneği yok. Dolayısıyla yüz yüze fırsat bulmuşken teşekkür etmek istedim, bu meseleye ilişkin. Tabii sabah oturumlarının en sevimsiz konuşmacısı yemekten önceki konuşmacıdır. Dolayısıyla ben olabildiğince hızlıca sunumu toparlayıp sizleri de çok sıkmadan bitirmek istiyorum.

Hızlıca bir noktanın altını çizmek istiyorum; COVID-19 pandemisi aslında bize yeni sorunlar getirmedi, bunu olabildiğim her ortamda vurgulamaya çalışıyorum. Hâlihazırda var olan, özellikle sosyal haklara ilişkin var olan sorunlar üzerinde bir amplifikatör, bir güçlendirme, bir çarpan etkisi yaptı. İşte slaytta da görüyorsunuz; sağlık alanında, eğitim alanında, çalışma alanında; gıda, su çoğaltabiliriz bu haklar meselesini. COVID-19 öncesinde de dünya sorunlu bir yerdi. COVID-19'la birlikte bu eşitsizlikler, bu haklara erişim, bu haklardan yararlanma; özellikle belirli gruplar bakımından çok daha sorunlu hale geldi. Dolayısıyla COVID-19'la mücadele dendiğinde sadece bir sağlık hakkı meselesi değil çok sayıda sosyal hakka ilişkin aynı zamanda bir mücadele ortaya çıktı. Sağlık hakkından tabii ki çünkü bu benim sunumuma ilişkin bir şey değil. Ama sağlık dendiğinde, insan hakları hukukunda veya temel hak ve özgürlükler alanında ilk akla gelen şey bir sınırlama ölçütü. Bugünkü oturumlarda duyacağız; bir önlem,

pandemiye ilişkin bir önlem dile getirildiğinde, hukukçuların aklına gelen, doğal olarak aklına gelen ilk mesele bunun bir medeni ve siyasi haklar dediğimiz bu hak kataloğuna bir müdahale olarak algılanıyor olması. Hâlbuki bu önlemler; aşı, sokağa çıkma yasağı, PCR testi gibi çeşitli önlemler sağlık hakkından yararlanmak için veya sağlık hakkının tam olarak gerçekleştirebilmesi için alınan önlemlerdir. Dolayısıyla perspektifi aslında yerli yerine oturtmamız ve aşı meselesinin sağlık hakkının gerçekleştirilmesi için alınan bir önlem olduğunu dikkatinize sunuyorum.

Pandemiyle mücadele bir insan hakları, COVID-19 pandemisiyle mücadele bir insan hakları yükümlülüğüdür; evet, bir insan hakları yükümlülüğüdür. İşte bu alanının temel belgesi, Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin sağlık hakkını düzenleyen 12. maddesinin ikinci paragrafında taraf devletlere örnek olarak sunulan, gösterilen yükümlülüklerden biri; salgın hastalıkların önlenmesi, tedavisi ve denetim altında tutulmasıdır. Dolayısıyla yanlış hatırlamıyorsam en son 192 taraf devlet vardı. Birleşmiş Milletler üyesi devletlerin neredeyse tamamına yakını bu sözleşmeye taraf. Türkiye Cumhuriyeti de 2001 yılından itibaren taraf. Dolayısıyla bu sözleşmeye taraf olan devletler bakımından pandemiyle mücadele bağlamında hastalığın önlenmesi, tedavisi, denetim altında tutulması bir insan hakları hukuku yükümlülüğüdür.

Sosyal haklar meselesinin devletlere yükledikleri yükümlülükler, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nden farklılık gösteriyor. Orada görmediğimiz bir aslında iki ayrışma noktası vardır. Biri kaynak elverişliliği meselesi; maalesef sosyal haklara 2. Dünya Savaşı sonrası dönemde bu belgeler hazırlanırken vurulmuş bir kettir. Elverişli kaynakların azami ölçüde kullanılması, aşamalı bir şekilde gerçekleşmesi bu hakların, sosyal haklar alanında bir farklılık yaratageldi. Bunu zaman içinde, özellikle bireysel şikâyet başvurusunun gelmesiyle birlikte büyük oranda önümüzdeki engellerin kalktığını söyleyebiliriz ama tabii hala vakit var. Dolayısıyla da bu ikisini birleştirdiğimizde, yani sağlık hakkından kaynaklanan yükümlülük ile sözleşme bir araya geldiğinde, her bir taraf devletin COVID-19'a mücadele için elverişli kaynaklarını azami ölçüde kullanarak, uygun bütün araçları kullanarak önlemler alma sorumluluğu vardır. Devlete izafe edebildiğimiz yükümlülük budur. Bu önlemler sağlık hakkı bağlamında nasıl önlemler olmalı; halk sağlığını korumaya yönelik elverişli en iyi bilimsel kanıtlara, hâlihazırda mevcut olan en iyi bilimsel kanıtlara dayanan ve en az bunlar kadar önemlisi; sağlık çalışanlarına danışılmak suretiyle alınan önlemlerdir. Bunların hiçbirisi benim çıkarsamalarım değil, sosyal haklar komitesinin hem sağlık hakkı bakımından hem de özel olarak COVID-19 bağlamında ürettiği çeşitli belgelerden çıkartılan sonuçlardır. Dolayısıyla burada sayılan unsurların hepsi aslında bizi bir önleme yönlendiriyor; bu da aşı. Buradaki tekrar hatırlatayım; buradaki

unsurları karşılayan en uygun önlem aşıdır. Burada da bir noktaya değinmem gerekir. Alınan önlemlerin, yani aşı ve diğer önlemlerle karşılaştırıldığında, tek önlem aşı değildir; diğer önlemlerle karşılaştırıldığında dikkat etmemiz gereken unsurlardan bir tanesi eşitlik ilkesi, ayrımcılık yasağı meselesi. Her önlem alan taraf devletler bakımından, alınan her önlem toplumun olabildiğince geniş kesimlerini dikkate alacak şekilde olması gerekiyor. Örneğin sokağa çıkma yasağıyla birlikte evden çalışma bizim gibi alanlarda çalışanları gerçekten pandemiden korudu. Eğer sokağa çıkmak zorunda kalmadıysanız -ki ben büyük oranda kalmadım- evden çalışma imkânım olduğu için, o dönem için pandemiden korundum. Ama bu imkândan yararlanamayan işlerde çalışan kişiler bakımından bu önlem diğer örnekteki aşı kadar aynı ölçüde geçerli ve koruyucu değil. Dolayısıyla da alınan her bir önlemin bu ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesi bakımından dikkate alınması gerekir.

Sosyal haklar bakımından, özellikle bizim sözleşmemizin bu elverişli kaynakları azami ölçüde kullanma koşulu bakımından aşının ucuz bir önlem olduğunu söyleyebiliriz. Basında aşıya ilişkin çok fazla “*Şu kadar paraya mal oluyor, bu kadar paraya mal oluyor.*” diye anlatılıyor. Ama sağlık sisteminin üzerine yüklediği maddi külfeti düşündüğümüzde; örneğin bir yoğun bakım hastasının yüklediği ekonomik maliyet düşündüğümüzde, onunla karşılaştırıldığında çok daha ucuz bir önlem. Dahası çok daha kolaylıkla uygulanabilir bir önlem. Herhalde buradaki herkes aşı olmuştur. Çok kısa süre içinde, çok hızlı şekilde, çok büyük bir teknolojik yatırım gerektirmeden... Aşı, ülkenin tamamına yayılmış olan bir sağlık hizmet birimi olan aile hekimlerinde dahi uygulanabilen bir önlemdir. Etkililiği meselesini hoca zaten yeterince anlattı, o benim haddime değil ama bir kez daha vurgulamış olayım. Bizim bakımımızdan yani sağlık hakkı bakımından bir önlem olarak aşı, nasıl bir aşı olması gerekir; güvenli olması gerekir. Hâlihazırda zaten yerleşik olan protokoller ve usuller var, bir aşının nasıl uygulanabilir hale geleceğine ilişkin. Bunların takip edilmesi ve hâlihazırda ulusal mevzuatta yahut uluslararası örgütler tarafından onaylanmış olması gerekiyor. Biraz önceki sayfada da vardı; en iyi bilimsel elverişli... Yani elimizde olan en iyi bilimsel bilgiye dayanması gerekiyor. Burada aşı karşıtlarına ve onların o irrasyonel argümanlarına cevap vermek istiyorum.

Buraya kadar aşılamayı bir önlem olarak anlatmış oldum. Umarım biraz daha vaktim vardır hocam. Aşılama önleminin insan hakları hukukunda kâğıt üzerinde kalmaması gerekir; gerçekten bu önlemin alınmış olması gerekir. Alınan önlemin sahada bir karşılık buluyor olması gerekir, bu önlemin kâğıt üzerinde kalmıyor olması gerekir. Aşının da kâğıt üzerinde kalmaması için olması gereken çeşitli unsurları var. Bunların birincisi, ilk aklımıza geleni aslında aşının zorunlu olması. Hiç bu tartışmaya girmeyeceğim; zorunlu aşının hukukiliği tartışması-

na girmeyeceğim. Benden sonraki oturumlarda zaten hocalar bunu tartışacaklar. Ama aşının neden zorunlu olması gerektiğini anlatabildiğimi umuyorum. Zira yeterince o işte yüzdelik dilimlerle belirtilen yeteri sayıda kişi eğer aşılanmazsa, hâlihazırda aşılanmış olanlar bakımından da bu önlemin bir anlamı kalmıyor; Delta varyantında gördüğümüz gibi. Aşılamayı ne kadar uzatırsak ne kadar yavaşlarsa aşılama; bu tür sorunlarla, yani mutasyonlarla karşılaşacağız. Bu önlemin bir insan hakları hukuku önlemi olarak, hekim olarak tabii ki ben bir şey söyleyemem ama bir insan hakları hukuku önlemi olarak bu önlemin etkililiği azaltılacak.

Bulaşıcı hastalık zaten cebri tedavi yasağının istisnası olarak öngörülür. Bununla bağlantılı bir başka unsur, yani aşılama önleminin etkililiğini sağlamak için değinilmesi gereken bir başka unsur, kişilerin durumlarını belgelendirme zorunluluğu. Bizdeki bence çok iyi bir uygulama; HES uygulaması, gerçekten iyi bir uygulama. Kişisel verilere çok daha fazla saygı gösterme imkânı var. Ama bu durum yani durumumuzun, aşı durumumuzun yasayla öngörülmüş bir şekilde görevlilere gösterilmesi zorunluluğu, bu aşılanmanın etkililiğine ilişkin bir önemli unsurdur. Aynı zamanda bu önlem, üçüncü kişilere karşı da bizi koruyan önlemlerdir. İçinde bulunduğumuz odada herhangi birisinin COVID-19 olup olmadığını bilmek veya bunun bilinip, bu toplantı salonuna alınmaması buradaki diğer kişileri korumaya karşı da bir önlemdir. Dolayısıyla da aynı zamanda devletin böyle bir yükümlülüğü de var. Yani bizi üçüncü kişilerden gelecek tehditlere karşı koruma yükümlülüğü de var. Bu bağlamda belgelendirmenin önemini bir kez daha vurgulamak isterim.

Bir diğer önemli mesele, kamuyu bilgilendirmedir. Ben aşı meselesine ilişkin çok az kamu bilgilendirmesine maruz kalıyorum. Radyoda saatte bir veya iki defa “*Lütfen aşı olun.*” gibi anonslar geçiyor sadece. Hâlbuki hocanın bizlere yaptığı sunumun etkileyiciliğindeki sunumlar aslında bilgilendirme meselesini çok daha etkili hale getirir. Bunun aynadaki aksi yanlış bilgi veya eksik bilgi ileri sürenler ki aslında çoğunun ismi soyadı belli, kendi isimleriyle tweet atıyorlar. İşte bir hekim... Hekim demiyoruz, doktor diyoruz; bu tür kişilere karşı devletin önlem alması aynı zamanda bu yükümlülükleri arasında sayılması gerekir.

Sadece bizde değil, Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında da durum bu. Diyeceksiniz ki “*Amerika kıtasıyla bizim nasıl bir alakamız olabilir?*” Bütünsellik ilkesi gereği bir ulusal mahkememiz, belki anayasa mahkememiz bir bireysel başvuruda bir yorum normu olarak kullanırsa veya Ekonomik, Sosyal-Kültürel Haklar Komitesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bu organlardan biri, bu normu kullanmak isterse yorumunda önüne gelen bir meseleyi çözmek

için kullandığında, bu norm bizim bakımımızdan da yani bu dünyanın bu kısmında yaşayan kişiler bakımından da bir sonuç doğuracaktır.

Toparlayayım müsaadenizle, şöyle başlamıştık; salgın hastalıkların önlenmesi, tedavisi, denetim altında tutulması bir taraf devlet sorumluluğudur. Neredeyse küresel olarak taraf olunmuş olan Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi kapsamında bir yükümlülüktür. Devletler bu sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmek için elverişli kaynakların azami ölçüde kullanmaları, uygun bütün önlemleri almaları, başta yasal önlemler olmak üzere taahhüdü altındadırlar. Aşılama COVID-19'la mücadele bağlamında hâlihazırda elimizdeki seçenekler bakımından en uygun önlem olarak karşımıza çıkmaktadır. Ama aşılama önleminin etkili olabilmesi için de hem aşılamanın zorunlu tutulması hem aşılama durumuna ilişkin belgelerin, bunun belgelendirilmesinin zorunlu olması gerekir. Sonuncu ama diğerlerinden daha az önemli olmayacak şekilde kamunun bu önleme ilişkin olarak etkili ve yeterli şekilde bilgilendirilmiş olması da gerekmektedir. Sabrınız için çok teşekkür ederim. Umarım süreye riayet etmişimdir.

Prof. Dr. Yasemin IŞIKTAÇ

Oturumun son konuşmacısı Dr. Öğr. Üyesi İzzet Mert Ertan, çok teşekkür ediyoruz kendilerine de. Süre az kaldı ama katkıda bulunmak isteyen ve hocalarımıza soru sormak isteyen varsa, bir 5 dakika içerisinde salondan da soru alabiliriz; var mı efendim? Buyurun Sayın Dekan.

Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ

Aşı insanlığın en büyük icadı durumunda, böyle anlaşıyor. Mert söyledi, siz çok daha yakınsınız. Hani kendi memleketime diyeceğim ki *"Niye buna ilişkin bir maddelik bir kanun çıkarmıyorsunuz?"* diye. Ama diyemiyorum çünkü diğer ülkeler de çıkarmıyorlar. Bunun da bir hikmeti var herhalde. Mert'in konuşmasından anladığım; sosyal devlet olarak böyle bir kanun çıkarmakla yükümlüsünüz noktasına geliyor. Yani bu bir satırlık kanun, ne düşünüldü de çıkarılmadı Sayın Hocam?

Prof. Dr. Recep ÖZTÜRK

Şimdi Anayasa Mahkemesinin ilgili kararından sonra doğrusu böyle bir yasa konusunda epeyce tartışıldı, dünya örnekleri incelendi. Fakat bizim sağlıkta büyük önem verdiğimiz hususlardan birisi; sağlık okur-yazarlığının geliştirilmesi.

Yani kişinin akıl sağlığı, ruh sağlığı, sosyal ilişkilerinin de geliştirilerek kendi sağlığına kendisinin sahip çıkması. Yasal olarak bugün biliyorsunuz aşı çok geniş kitlelere uygulanıyor. Siz bir yasal zorunluluk getirdiğiniz zaman, genel tüm aşılardan için, tabii her aşının etkililiği, toplum sağlığını etkilemesi aynı düzeyde değil. Şu anda COVID-19 tüm dünyayı ilgilendiriyor. Genel bir bilgilendirmeden öte her ikisi için çok ayrı bir aydınlatılmış onam da gündeme gelecek. Daha da önemlisi; bu tip olayların bir farkındalık oluşturup, bir sağlık okur-yazarlığı oluşturup, bir gönüllülük ilkesi etrafında çalışılmasına daha çok önem verildi. Çünkü sağlık sadece bugün pandemi değil, pek çok alanda yani bulaşma ve pek çok alanda sağlığı geliştirmek zorundayız, en çok konuştuğumuz konulardan birisi bu. Sağlık okur-yazarlığını artırmak zorundayız. Bunlar düşünülerek bir zorlama getirilmedi, bir zorunluluk getirilmedi. Tabii dünya örnekleri de incelendi. Ama doğrusu burada bu zorunluluğun karşısında şu anda biliyorsunuz infodemi dediğimiz bir yalandemi, yani korkunç bir yalan söyleniyor. Nasıl söylüyor, bunları nereden buluyorlar, bunu nasıl iddia ediyorlar? Örneğini verdim; ömrünü DNA'ya vermiş bir hoca *"aşı olun"* diyor, kalkıyorlar diyorlar ki *"O kendi alanını bilir. Kendileri ise DNA'nın maşallah hepsini bilir."* Şimdi böyle bir toplumla karşı karşıyayız. Hakikaten infodemiyle nasıl mücadele edilir, yalanla nasıl mücadele edilir? Çünkü öyle bir şey ki gerçek ayakkabısını giyene kadar yalan dünyayı dolaşıyor. Bir mesaj atıyorsunuz, o kadar saçma sapan, ilgisiz, delilsiz o mesaja cevaplar geliyor ki... Ben 61 yaşındayım, böylesine hayatımda zorlandığım bir dönem yaşamadım. Çünkü yalanla mücadele etmek kadar, yani biz halkımız gayet saygılı, gelir, hekimliğini yaparsınız, sorusunu sorar vs. Yani çok mutlu olursunuz, yani onun bir *"Allah razı olsun."* demesi, *"Hocam işte çok bize, sağlığınıza vesile oldunuz."* demesi bizi çok mutlu eder ama çok farklı bir kitleyle karşı karşıyayız; dünya da böyle, yani sadece bizde değil. Zaten bizimkilerin çoğu çeviri. Yani yurtdışında da böyle bir olay var. Uzun yıllardır zaten bu aşı karşıtlığı vardı. Ama söyledim, esas yaygın etkisini yalanla başlattılar. Yani onun için şimdi Dünya Sağlık Örgütü infodemi, ben buna yalandemi diyorum. O karşıtlar plandemi uydurdular ya onlara plandeminiz yalandeminin bir devamıdır demek durumundayız. Tabii bunları çok da önemseyip birebir muhatap almak değil de halkımıza gerçek bilgiler vermek durumundayız. Hocam bu zorunluluk Türkiye'de düşünülmüyor, yani çok tartışıldı. Bütün şu andaki zor durumlara rağmen yine de düşünülmüyor.

Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ

Bu memleketin hakkının da yenmemesi bakımından, şu 1,5 yıllık süreçte hangi siyasi görüşten olursa olsun, hekim arkadaşlarımla konuştuğumda; Tür-

kiye Cumhuriyeti'nin hekimlerinin aşılama konusunda çok büyük bir tecrübeye sahip olduğunu söylediler, bu doğru mudur hocam?

Prof. Dr. Recep ÖZTÜRK

Doğrudur. Biz biliyorsunuz 1997'lere kadar aşı üreten bir ülkeydi. Ama aşı üretim teknolojimizi, söyledim biz ilk aşığı Pasteur yaptı, kuduz aşısını... Zaten çiçeği biz uyguluyorduk, çiçeği bulan biziz. İngiltere Büyükelçisinin eşi bizden aldı. Kuduzu ilk olarak biz uyguladık. Biz 40'lı yıllarda, 2. Dünya Savaşında değişik ülkeler savaşınca aşılar ihraç ettik onlara, 2. Dünya Savaşında pek çok aşımız kullanıldı. Ama 70'li yıllardan sonra maalesef teknolojimizi yenileyemedik. 97'de son aşımızı yaptık. 97'den bu yana araştırmalar amacıyla yapıldı. Yani benim çocuk hekimlerimiz, erişkin enfeksiyon hekimlerimiz, dahiliyecilerimiz, göğüsçülerimiz; bunlar çok ciddi bir aşı bilgisine ve birikimine sahip insanlar. Şimdi Allah'a şükür aşı üretim konusunda epeyce yeni arkadaşımız çıktı. Ve aşı üretimi yetmiyor, aşının denetimi de gerekiyor. O denetimde de epeyce tecrübe kazanılıp, yani şu anda dünyayla, mesela Dünya Sağlık Örgütüyle panellere giren arkadaşlarımız net olarak görüyorlar. Türkiye'nin var olmuş o eski birikim, genetik birikimimiz diyelim ve şu anda ekspres oldu. Ve inşallah 2-3 aşımız başarılı olursa, bu aşı diğer aşıları da besleyecektir. Bu dediğiniz çok doğru, çok ciddi bir birikim var, yani sıradan bir birikim değil.

Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ

Sayın Hocam, biz pandemi koşullarına uygun olarak oturma düzenini ayarladık, İstanbul Üniversitesi'yz malum. Pandemi koşullarına uygun olarak açık havada bir yemek ayarladık. O bakımdan bütün burada bulunan arkadaşların firesiz olarak bizi takip ederek Süleymaniye manzaralı bir kuru fasulye-pilav yemeye davet ediyoruz. Anons edin lütfen.

Prof. Dr. Yasemin IŞIKTAÇ

Teşekkür ederim. Bence biyolojik olarak da bizi hastalığa karşı koruyacak, sağlığımız için. Teşekkür ederiz efendim. Tüm konuşmacılara da huzurunuzda teşekkür ediyorum. Çok çok yararlandık, var olun efendim. Bir sonraki oturumda görüşmek üzere.

ÇALIŞ
İNSAN HAKLARI PE
COVID-19'A KARŞI AŞ
ÇALIŞT
- 27.09.2



OTURUM

KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA ZORUNLU
AŞI UYGULAMALARI

Oturum Başkanı
Av. Zennure BER



Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurulu Üyesi

Av. Zennure BER

İkinci oturumun konusu “*Karşılaştırmalı Hukukta Zorunlu Aşı Uygulamaları*” olacak, üst başlığımız bu şekilde. Almanya örneğini Mert Duygun Hocamız bize sunacaklar. Fransa örneği bakımından, İstanbul Barosu İnsan Hakları Merkezi Başkanı Duygu Hanım bize sunumlarını gerçekleştirecekler. 3. oturumda da Volkan Hocamızı dinleyeceğiz inşallah.

Ben Kurumum adına, sizler adına kendilerine hoş geldin diyorum ve sözü çok fazla uzatmadan, yormadan ehline vermek istiyorum. İlk konuşma için İzmir Bakırçay Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Doktor Öğretim Üyesi Mert Duygun Hocam mikrofon sizde, buyurunuz efendim.



İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk
Fakültesi Öğretim Üyesi

Dr. Öğr. Üyesi Mert DUYGUN

Zorunlu Aşı Uygulaması: Almanya Örneği

Çok teşekkür ediyorum. Değerli katılımcılara da burada hep beraber bizi dinledikleri için teşekkür ediyorum. Bugün ben sunumumda Almanya'daki aşı tartışmalarına değineceğim. COVID-19'la beraber daha da alevlenen bir tartışma.

Aslında Almanya örneğine baktığımız zaman Türkiye'yle birçok konuya paralellik de görebileceğiz. Aslında birçok kararın ya da en azından aşı karşıtlığının ya da aşı tereddüdünün yükseldiği dönemlerin de aynı dönem olduğunu göreceğiz.

Almanya örneğine baktığımız zaman aslında konu bir anayasa hukuku tartışması olsa da aşının zorunlu olup olmaması tartışmasının, ilk olarak idari yargının önüne geldiğini görüyoruz. Bu 50'li yıllardan beri Almanya'da yapılan bir tartışma. Aslında ilk oturumda Sayın Bilim Kurulu Üyemiz Hocamız belirtti, yani bizde de nasıl Osmanlı İmparatorluğu'nun son dönemlerinde aşı şahadetnameleriyle bir aşı sertifikası ya da aşılama faaliyeti olduğu gibi aynı dönemde de Almanya'da da bir aşılama faaliyeti var, hatta bir aşı zorunluluğu var. 1874 tarihli Alman Kayzer Döneminde çıkartılan aşı yasası İnfükezez, bunu düzenliyor. Bu kanun Kayzerlik yıkıldıktan sonra hatta Kayzerlikten sonra Weimar Cumhuriyeti de yakıldıktan sonra Federal Alman Cumhuriyeti zamanına kadar geçerliliğini koruyor, yani yürürlükte kalıyor. Buna ilişkin en sonunda bir Federal Alman İdare Mahkemesinin önüne bir dava geliyor, 1959 senesinde. 1959 senesindeki davada Alman Federal İdare Mahkemesi ilk defa zorunlu aşının anayasaya uygun olup olmadığına ilişkin bir değerlendirme yapıyor. Özetle şunu söylüyor; *"aşılama faaliyeti anayasaya uygundur."* Ama neye dayanarak bunu söylüyor; buna bir öncelikle değinmek lazım.

Davacılar şunu söylüyor ki 2. oturumda Tuğçe Hanım da belirtecektir. Klasik Fransa'da da aynı tartışma olduğu için söylüyorum; yan etkiler. Yani yan etkiler üzerinden giden bir faaliyet var. Deniyor ki artık 1950'li yıllarda aşı, sadece aşı bir hastalığı yenmenin tek yolu değildir. Dolayısıyla başka tedavilerle de bu yapılabilir. Aşı kanser gibi birçok hastalığa yol açacak yan etkiler içermektedir diye bir iddiası var davacıların.

Federal İdare Mahkemesi şunu söylüyor; *"Şüphesiz bu vücut bütünlüğüne bir müdahale..."* Almanya Anayasası'nın 2. maddesinde düzenlenen *"Vücut bütünlüğüne bir müdahaleyi ihtiva ediyor."* diyor. *"Ama bu meşru bir amaca dayanıyor."* diyor. Bu meşru amaç nedir? İki tane amaçtan bahsediyor. Birincisi zaten herkesin bildiği üzere halk sağlığı ve aslında diyor ki *"Ben burada bir bireylerin hakkıyla, halk sağlığı arasında bir tartım yapıyorum. Aslında bir açıdan yani bu tartımın üçüncü bir ayağı daha var. Tıbbi sebeplerle aşı olamayan bireylerin de hakları var."* Dolayısıyla burada aslında üç tane farklı anayasal değer arasında bir tartım yapıyor Federal İdare Mahkemesi ve en sonunda özellikle çiçek aşısının bulaşıcılık oranını da dikkate alarak, çünkü o zaman yapılan çiçek aşısı, İngiltere'deki aşılama faaliyetlerinin başarısız olma sonucunda, instans oranının %50'ye kadar çıkması üzerine, *"Buradaki meşru amaca dayanan bu müdahale ölçüdür, gereklidir."* diyor. *"Aşı olmak sadece bir yükümlülük değildir, aynı zamanda yurttaşlar açısından da*

bir haktır.” tespitini yapıyor. İlk oturumda İzzet Mert Hoca da benzer bir tespiti, aşının bir hak olduğuna ilişkin bir tespiti, yapmıştı. Şunu soruyor özetle; *“Yurttaşın negatif statü hakkı, salgından uzak kalmaya ilişkin pozitif statü hakkına içkin midir?”* Dolayısıyla özetle Federal İdare Mahkemesi bu gerekçelerle zorunlu çiçek aşısını anayasa uygun buluyor, 1959 senesinde. Almanya’da 1982 yılında artık çiçek hastalığı ortadan kalkana kadar çiçek aşısı zorunlu kınıyor. Daha sonradan tekrar bu tartışma 2020 yılında bu sefer Federal İdare Mahkemesinin önüne geliyor. Bu sefer bir asker kişi özelinde geliyor. Bir asker kişi yine nörolojik sebeplerle ve astım sebebiyle aşı olmayı reddediyor ve bunun üzerine kendisine emre itaat-sizlikten ceza veriliyor. Bunun üzerine Askeri İdare Mahkemesine gidiyor, daha sonra Disiplin Mahkemesine gidiyor; bunların hepsi tükendikten sonra Federal İdare Mahkemesinin önüne geliyor. Federal İdare Mahkemesi burada bilimsel verileri dikkate alarak gerek askeri hekimlerin gerekse sivil hekimlerin vermiş olduğu raporlar ölçütünde, ışığında diyor ki *“Aşı reddi meşru değildir.”* Burada şöyle bir tartışma yapıyor; bu asker kişi açısından, bu da önemli, Almanya Anayasası 4. maddesi din ve vicdan özgürlüğüyle beraber vicdani ret hakkını da ihtiva ediyor. Yani vicdani sebeplerle kişiler askere alınmama hakkına sahip ve zaten başvuru davacı da bunu iddia ediyor. Diyor ki *“Nasıl kişiler silah altına alınmama hakkına sahipse, ben de vicdani sebeplerle aşı olmak istemiyorum aslında.”* demeye getiriyor ama ilk aşamada bunu öne sürmediği için, buradaki aşı reddi sağlık sebepleriyle olduğu için İdare Mahkemesi bunu dikkate almıyor ve yine bir çatışan haklar tartımı yapıyor. Diyor ki *“Burada kişinin vücut bütünlüğüyle ordunun işlerliği arasında bir çatışma vardır.”* Çünkü Alman Anayasası’nın 87/a maddesi; ordunun etkinliğini, işlerliğini düzenliyor. Dolayısıyla bu tartımda ikinciye, yani ordunun işlerliğine, ordudaki diğer askerlerin sağlık hakkına daha ağır bir yer veriyor Federal Alman İdare Mahkemesi.

Peki, asıl tartışma nerede yapılıyor, ki Almanya’daki COVID-19 aşı tartışmalarında da şu an rehber aslında. Olay, kızamık aşısı tartışması. Çünkü Avrupa’da özellikle son yıllardaki aşı reddi sebebiyle, Avrupa kıtasında kızamık aşısı altı kat artması üzerine Almanya’da, 10 Şubat 2020 tarihli Kızamık Aşısından Korunma Yasasıyla, Masernschutz olarak biliniyor; anaokullarında, özellikle yaşlıların bakımlarının yapıldığı yerlerde ve mülteci kamplarında kızamık aşısının yapılması zorunlu kınıyor. Aşı yaptırmayan kişiler için yaptırımlar şunlar; çocuklar için okula alınmama, ebeveynler için para cezası ve yine aşı yaptırmayan kişilerin Sağlık Bakanlığının ilgili birimlere çağırılarak aşı olma yolunda teşvik edilmesi. Bunun üzerine bu yasaya karşı anayasaya şikâyet oldu. Yani bizdeki bireysel başvuruyla başvurular yapılıyor, geçici tedbir taleplerinde bulunuluyor, yasanın yürürlüğünün hemen durdurulması yönünde. Federal Alman Anayasa Mahkemesi diyor ki *“Burada sadece ve sadece bireyin hastalığı korunması değil,*

aynı zamanda toplumda hastalığın yayılmasının engellenmesi amaçlanmaktadır. Dolayısıyla burada bireylerin özgürce aşı olmadan yaşayabilme hakları, çok sayıda kişinin sağlıklarının bozulması riski karşısında geri planda kalmaktadır. Dolayısıyla mahkeme diyor ki *“Burada kızamık aşısının zorunlu kılınması anayasaya açıkça aykırı değildir.”* Şunu da söylemek lazım; mahkeme bunu yaparken yine somut koşullara da bakıyor. Özellikle kararı verdiği zaman artık COVID-19 salgını başlamış. Ailelerin argümanları da şu; *“Biz çocuklarımızı veremezsek, çocukların evde eğitimlerini karşılayamayız.”* Çünkü bu çok ciddi pahalı bir şey. Ama o dönemki birçok COVID-19 tedbirleri sebebiyle, birçok uzaktan eğitim, birçok çocuk uzaktan eğitim aldığı için ve ailelerin birçoğu da evden çalıştığı için Almanya Anayasa Mahkemesi diyor ki *“Burada artık aşı yaptırılmasının zorunlu kılınması ölçüsüz bir tedbir değildir.”* deniyor.

Peki, COVID-19 sonrası Almanya'daki tartışmalar nasıl? Bir kere şunu vurgulamak lazım; her ne kadar aşıda bu çok net olmasa da bizdeki ilk oturumdaki tartışmalardan da hatırlayacağınız üzere; bizde aslında Almanya COVID-19 salgınına karşı, özellikle Almanya yasa koyucusu ciddi bir refleks veriyor. Asıl tartışmanın gerisine gittiğimiz zaman 2009 tarihinde SARS virüsünden sonra Almanya çok köklü bir bulaşma koruma yasası yapıyor. Hatta bu yasanın ilk dört maddesi bulaşma hastalıklarına bağlı olarak mücadele etmek için bir enstitüye yetkiler veriyor. Bizdeki Sağlık Bakanlığının Korona Virüs Bilim Kuruluna benzetebiliriz bunu. Ama fark şu; kanunda enstitünün yetkileri çok açık bir şekilde ortaya konmuş; başkanın nasıl seçileceği, üyelerin nasıl seçileceği, hangi alanlarda görevleri olduğu gibi. Enfeksiyon Yasası aslında birçok konuda, aşı da olmak üzere önemli tedbirler içeriyor. Ancak Enfeksiyon Yasası'nda tıpkı bizdeki Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda olduğu gibi, birçok hastalık tahdidi olarak sayıldığı için, Alman yasa koyucusu bu dönemde ciddi bir yasa faaliyeti yaparak Enfeksiyon Yasası'ndaki değişikliklerle birçok tedbirin COVID-19'a karşı alınmasını da mümkün kıldı.

Aşıya ilişkin ise Enfeksiyon Koruma Yasası'nın iki tane önemli maddesi var. Bir tanesi, 20. maddesinin 6. fıkrası ve 7. fıkraları. Bu maddeler diyor ki *“Halkın önemli bölümünü tehdit eden ve ağır derece klinik rahatsızlıklara yol açan bir epidemi olması durumunda, pandemi bile değil, epidemi olması yeterli, Federal Sağlık Bakanlığı bir yönetmelikle ve ikinci meclisi olan Federal Konseyin de onayını almak koşuluyla, halkın belli bölümünü koruma aşısı yapmak ya da profilaksi uygulaması yükümlülüğü getirme hakkına sahiptir.”* Yani Bakanlığa aşı yükümlülüğü konusunda bir yetkilendirme veriyor. Eğer bu yetkiyi Federal Sağlık Bakanlığı kullanmazsa, bu sefer eyaletlere burada bir yetki veriliyor. Diyor ki 7. fıkra *“Eyaletler o zaman eğer Federal Sağlık Bakanlığı böyle bir yönetmelik çıkarmazsa, eyaletlerdeki sağlık bakanlıkları bu şekilde bir yönetmelik çıkarabilir.”*

Yine bir başka düzenleme ise Enfeksiyon Kanunu, 20/a maddesi bu da daimî Aşı Enstitüsü kurulması, daimî Aşı Kurulu olması. Bu kurulun tamamen aşılama sürecinin patronu olmasını ifade ediyor. Yani burada bağlayıcı olmasa da neredeyse bütün kararları aslında bu kurul alıyor. Hatta bu aşılama sırasını da bu kurul alıyor. Ancak burada bu öğretilde önemli bir tartışmaya yol açıyor. Çünkü yine tanım, yani belirlilik ilkesi açısından, deniliyor ki tehdit altındaki halkın *“tehdit altındaki bölümü”* kavramından ne anlamalıyız, kimi anlamalıyız? Acaba sadece yaşlı insanları ya da birtakım kronik rahatsızlıkları olanları mı almalıyız yoksa çocukları mı algılamalıyız? Yoksa tehdidin çok yüksek olduğu yerleri mi algılamalıyız? Dolayısıyla doktrinde deniyor ki *“Parlamento bu konuda bir kanun çıkarmak zorundadır.”* Yani yeni bir kanun çıkartarak bu tanımı da yapmak zorundadır diye eleştiri getiriyor.

Benzer bir tartışma ya da başka tartışma; bazı meslekler için de acaba aşı zorunluluğu getirebilir mi? Deniliyor ki *“Halkın belli bölümü tehdit altındaysa”* ki bu tehdit altında olanlar şüphesiz doktorlar vs.dir. Ama doktrin bunu da eleştiriyor, diyor ki *“Bu da muğlak bir kavram.”* Dolayısıyla bakıldığı zaman kanunilik açısından Almanya’da ciddi bir tartışma yaşandığını görüyoruz.

Yine çocuklar açısından; *“Çocukların acaba aşı olması zorunlu kılınmalı mı ya da çocuklar aşılatılabilir mi? Çocuklar acaba halkın tehdit altındaki kişileri arasında yazılabilir mi?”* şeklinde bir tartışma oluyor. Özellikle çocukların asimptomatik bir şekilde hastalığı geçirmesi, ölüm oranlarının çok düşük olması sebebiyle çocuklar açısından bu maddenin uygulanamayacağı söyleniyor. Bu yüzden Alman doktrini diyor ki; tıpkı kızamık aşısında olduğu gibi COVID-19 aşısı için de, özellikle okula giden, okul çağındaki çocuklar için COVID-19 aşısının zorunlu kılınması yönünde bir kanun çıkartılması gerektiği söyleniyor. Burada yine bir başka tartışma daha var, özellikle çocuklar açısından; Alman Anayasası’nın 6. maddesindeki *“aile hakkı”*. Yani ailenin, ebeveynlerin çocuklar üzerindeki haklarıyla devletin çocuklar üzerindeki garantör hakkının çatışması durumu söz konusu. Şu söyleniyor daha çok öğretilde; devlet burada sadece bir organizatör rolünde olmalı. Yani *“son kararı mutlaka ebeveynlere bırakmalı”* deniliyor. Dolayısıyla devletin takdir marjının oldukça sınırlı olduğunu söylüyor doktrin. Nitekim yerel mahkemelerde buna ilişkin kararlar veriliyor. Örneğin Frankfurt Yüksek Eyalet Mahkemesi; 16 yaşında bir çocuk kendisi aşı olmak istediği halde, ebeveynlerinin onayı olmadığı için aşı yapılamayacağına hükmediyor. Yani çocuklar açısından böyle ciddi bir tartışma olduğunu da söylememiz gerekir.

Bir diğer tartışma ise aslında şu an bizde de yaşanan dolaylı aşı zorunluluğu dediğimiz tartışma. Yani dürtme (nudge) dediğimiz kavram. O da şu; deniliyor ki *“Gerek aşı olanların daha konforlu bir yaşam sürmesi, gerekse aşı olmak is-*

temeyenleri zorlamak için aşı olmayanları dolaylı olarak belirli kurumlara girmekten yoksun bırakalım. Yani kütüphanelere, konserlere, kalabalık ortamlara girmekten yoksun bırakalım.” Nitekim 10 Mayıs 2021 tarihinde Federal Kabine, çıkarttığı bir yönetmelikle aşı olan kişilerin kuaför, maç vs. gibi yerlere negatif test sonucu göstermeden de girebileceğine hükmetti. Ancak bu konuda da Almanya Anayasa Mahkemesi’ne çok sayıda anayasa şikâyeti yapıldı. Almanya Anayasa Mahkemesi’nin önümüzdeki aylarda özellikle buna ilişkin bir karar vereceği söyleniyor. Ama bu konuya ilişkin yerel mahkeme kararları var, ben çok kısaca onlara değinmek istiyorum.

Almanya’da özellikle dürtme kavramı açısından, yani aşı olmayan kişilerin zorlanması açısından şöyle bir ayrım yapılıyor; Söylenen şey şu, devletin kamu tüzel kişiliğinde hizmet verdiği yerler ile özel hukuk kişilerinin hizmet verdiği yerler arasında bir ayrım yapmak gerekir. Yani örneğin *“Devlet dairelerine girme hususunda aşı olmayanların devlet dairelerine girmesini yasaklarsak, aşı olmayan çocukları okula ve üniversitelere almazsak; burada idare hukuku açısından ve eşitlik ilkesi açısından bir sorun olabilir.”* deniliyor. Ancak restoran sahipleri, sinema salonu işletmecisi gibi özel hukuk kişilerinin dil, din, ırk vs. gibi belirli bir sebeple ve objektif olmayan bir sebeple ayrımcılık yapmadığı sürece bunu yapabileceği, yani bir aşı pasaportu sorabileceği söyleniliyor. Ama kamu kurumları açısından ise söylenen şey şu; *“Bu konuda kamu böyle bir ayrım yapamaz.”* deniliyor. Bu tartışmaya ilişkin özellikle son aylarda çok sayıda karar verilmekte. Almanya açısından şunu söylemek lazım; Almanya federal bir devlet olduğu için çok ciddi bir yargısal zenginlik var. Yani çok sayıda eyalet mahkemesi, birbirinden çok farklı, çok önemli konularda kararlar verebiliyorlar ve verdikleri bu kararlar birçok Anayasa Hukuku tartışmasında bizleri aydınlatabiliyor. Ben bu konuda birkaç karara değinmek istiyorum.

Örneğin Kuzey Ren-Vestfalya Eyaleti İdare Mahkemesi, eyaletteki disko ve barlarda PCR testi zorunluluğuna ilişkin açılan davada PCR testi zorunluluğunun kesinlikle hukuka uygun olduğunu belirtiyor. Bunun için de şöyle gerekçeleri var; burada mahkemenin yaptığı şey tıbbi verileri göz önünde bulundurarak somut olayı baz almak. Yani yargı organları daha çok toptancı bir yasaktan kaçınıyor. Mesela özellikle Korona Virüs tedbirlerinde de biz bunu görürdük. Alman Anayasa Mahkemesi COVID-19 sürecinde toptancı toplantı ve gösteri yürüyüşü yasakları ve toptancı ibadet yasaklarını hak ihlali olarak tespit etti. Burada da benzer bir kavramı görüyoruz. Burada Kuzey Ren-Vestfalya Eyaleti İdare Mahkemesi; *“belli disko türleri ile örneğin bir klasik müzik konserini aynı olarak değerlendiremeyiz.”* diyor. Kuzey Ren-Vestfalya Eyaleti İdare Mahkemesi bir kararında; *“Herkesin maske taktığı ve oturduğu bir ortamda yapılan konser ile fiziki mesafenin çok az olduğu bir disko ya da bardaki insidans oranı hiç şüphesiz*

aynı olmadığı için, aşı olmayan kişilerden negatif PCR testi istenmesine yönelik müdahale meşrudur ve orantılıdır” diyor. Ama mesela tersinden, Berlin İdare Mahkemesi ile Hamburg İdare Mahkemesi, düğünlerde şarkı çalınmasına ilişkin yasağı, toptancı bir yasak olduğu için hukuka aykırı bularak iptal ediyor. Yani bakıldığı zaman somut olaylara özgü olarak her olayı kendi içerisinde değerlendiren ve insidans oranlarını, bulaş oranlarını ve somut olaydaki tıbbi verileri göz önüne alan bir yaklaşımı görüyoruz.

Yine iş hukuku açısından aşı zorunluluğu tartışmaları oluyor. Bir sonraki oturumda zaten hocalarımız değinecek, o yüzden çok kısa bir özet yapacağım. Burada yine şöyle bir tartışma yapılıyor: Acaba aşı olmayan kişilerin iş sözleşmeleri feshedilebilir mi, ya da bu kişiler işyerine alınmayabilir mi tartışması. Burada da iki türlü tartışma ve iki türlü görüş var. Bir görüş diyor ki; *“Alman Hukukunda nasıl aşıya ilişkin şu anki yasal mevzuat belirsizse, aynı şey iş hukuku için de geçerli.”* Dolayısıyla aşı olmamanın tek başına bir sözleşmenin feshi sebebi oluşturamayacağı belirtiliyor. Ancak bununla beraber Alman doktrininde işverenin yönetim hakkından kaynaklanan sorumlulukları ve işverenin iş sağlığı ve güvenliğini sağlamaktan kaynaklı sorumluluklarına dayanarak bu kişilerin sözleşmesinin feshedilebileceğini savunan yazarlar da var.

Bu konuda özellikle zorlayıcı birtakım tedbirler de var. Mesela iki eyalet aşı olmayan işçilerin enfekte olmaları durumunda, çalışmadıkları dönemdeki kazanç kaybının karşılanmamasına yönelik genelge çıkarttı. Yani şöyle; normalde kişiler hasta olduğu zaman tıpkı bizdeki gibi o devletin sağlık sigortası öderken, eğer kişiler aşı olmadıysa ve bu yüzden enfekte oldularsa artık bu enfekte oldukları dönemde çalışmadıkları kazanç bu kişilerden kesiliyor ve devlet artık bunları karşılamıyor. Bu Baden-Württemberg ve Kuzey Ren-Vestfalya Eyaletlerinin almış oldukları kararlar sonucu ve çıkarttıkları bir genelgeyle düzenlenmiş durumda. Yine bir başka kararda aşı olmamış bir kişinin temaslı olması ve temaslı olması sebebiyle karantinaya alınması durumunda artık bu kişinin sağlık raporu alamayacağı ve bu kişinin işe gidemediği dönemlerin yıllık izninden, ücretli izninden düşüleceği belirtilmektedir.

Aslında şöyle bir özet yapabiliriz; Almanya'daki tartışmalarda da her ne kadar Enfeksiyon Yasası olsa da, COVID-19 tedbirlerine yönelik özellikle aşı zorunluluğunu getirmeye yönelik çekingen bir tutum olduğunu, bu durumun daha çok yargısal içtihatlarla düzeltilmeye çalışıldığını ve eyalet yasa koyucularının işlemleri ya da eyaletteki birtakım yasa altı işlemlerle, PCR testi gibi zorunluluklarla kişilerin aşı olmaya teşvik edildiğini, dolaylı aşı zorunluluğunu getirdiğini söyleyebiliriz. COVID-19 döneminde bu konuya ilişkin henüz bir yüksek yargı kararı olmasa da uzman mahkemelerin, yerel mahkemelerin daha çok idarenin lehinde karar verdiğini söyleyebiliriz. Beni dinlediğiniz için teşekkür ederim.

Soru-cevap kısmında sorunuz olursa dinlemekten oldukça keyif alırım. Teşekkürler.

Av. Zennure BER

Bakırçay Üniversitesi Doktor Öğretim Üyesi Mert Duygun Hocamıza bu faydalı konuşması için teşekkür ediyoruz. Hocam Almanya örneğinden anladığım kadarıyla Almanya, uygulamasında kategorik yasaklara onay vermiyor, somut olaya göre, spesifik olaylara göre değerlendirme yapılmasını ve yargı içtihatlarıyla sorunun çözülmesini istiyor.

Dr. Öğr. Üyesi Mert DUYGUN

Evet hocam mahkeme somut olay bazlı ve bilimsel verilere dayalı bir inceleme yapıyor.

Av. Zennure BER

Şimdi ikinci konuşmayı yapmak üzere İstanbul Barosu İnsan Hakları Merkezi Başkanı Avukat Tuğçe Duygu Köksal Hanımefendiyi kürsüye arz ediyorum. Buyurun Duygu Hanım.



İstanbul Barosu İnsan Hakları
Merkezi Başkanı

Av. Tuğçe Duygu KÖKSAL

Zorunlu Aşı Uygulaması: Fransa Örneği-Türkiye Karşılaştırması

Çok teşekkür ediyorum. Sayın Başkan, ben sizler için de uygunsa buradan konuşmayı tercih ederim. Bir sunumum da olacak. Fakat bu sunum tamamen kolay takip edilebilmesi ve özellikle atıf yapacağım bazı kanun maddelerinin

isimleri açısından önemli. Burada çok fazla bir bilgi aslında göremeyeceğiz, ben üzerine konuşuyor olacağım.

Bu çalışmada zorunlu aşı örneğinde Fransa ve Türkiye karşılaştırması üzerinden gideceğiz. Fransa'da yerleşik olmadığımızdan dolayı, Fransa'daki sistemin nasıl olduğunu, tek tek hangi yasakların öngörüldüğünü, bunların hangi cezai ya da idari yaptırımlarla karşılık bulduğunu anlatıp sunumumu bu şekilde geçirmeyi düşünmüyorum. Farklı bir bakış açısıyla alınan tedbirleri incelemeye çalışacağım. Ve bu çerçevede de aslında Türkiye karşılaştırmasını yaparken, Fransa bizim için iyi uygulama olarak önemli bir örnek haline gelecek. Sebebi de şu; Türkiye'de kanunilik meselesi, kanunda öngörülme meselesi, kanunla düzenlenip düzenlenmemesi, öngörülebiliş olup olmamasıyla alakalı olarak tartışmalar olduğunu biliyoruz. Bunu zaten değerli hocalarım sonraki oturumlarda hem Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi hem Türkiye Anayasa Mahkemesi'yle bağlantılı olarak konuşacaklar. Fakat ben iyi uygulama örneği olarak Fransa'da şunu gördüğümü söyleyebilirim. En son da söyleyeceğimi en başta söyleyerek aslında bir çıkış noktası yakalamak istiyorum.

Sizler de biliyorsunuz ki Fransa ile bizim sistemimiz benzerlik arz ediyor. Fransa'da kuvvetler ayrılığı ilkesi çerçevesinde fren ve denge ("check and balance") mekanizması mevcut. Yasama, yürütme, yargı arasındaki frenleme, dengeleme ve bu anlamda yargının idarenin işlemleri üzerinde denetimde ne kadar etkili olabileceğini; özellikle de zorlayıcı durumlarda, kriz zamanlarında gözlemlemekteyiz. Pandemi ve salgın da bunun en önemli örneklerinden bir tanesi. Aslında Fransa'da bunun başka bir boyutunu terörle mücadeleyle ilgili tedbirlerde görüyoruz. Fakat bugünün özelinde salgınla mücadelede, diğer bir deyişle bir kriz döneminde Fransa'da yasamanın, yürütmenin ve yargının arasındaki denge-lerin, yargı tarafından nasıl kontrol edildiğinin ve kriz döneminde de bu kontrolün hiçbir zaman elden bırakılmadığının, yasamanın da faaliyetini hiçbir zaman elden bırakmadığının örneğini göreceğiz.

Sunumda göreceğiniz kelimeler Fransızca ve ben bunların üzerine konuşacağım. Açıkçası orijinalinden sapmaması açısından özellikle çevirmek istemedim. Fransa'da Anayasanın 38. maddesi kapsamında, hükümetin "Ordonnance" olarak adlandırdıkları, hükümet kararnamelemleri ile birtakım yasa önerilerini meclise sunması söz konusu olabiliyor. Aynı zamanda "projet de loi" adı verilen kanun teklifinin de olduğunu söyleyebiliriz. Burada Fransız sistemi açısından çok teknik detaylar var, onlara hiç girmeyeceğim.

Hükümet ve parlamenterler yasa teklifi sunabiliyor. Fransa'daki parlamentoya- la ilgili çok kısa bir bilgi vermek isterim. İki kısımdan oluşur: senato ve millet

meclisi. Aslında hem senatoyu hem millet meclisini buraya parlamento olarak yazmamdaki amaç şudur; kanun teklifleri, teklifin konusuna göre senatoya ya da millet meclisine sunulabilir ama oylama parlamentoda yapılır.

Şimdi bu çerçevede çok kısa ve net bir şekilde parlamentodan geçecek yasalar ve bu yasaların nasıl yürürlüğe girdiğiyle alakalı bilgi vermem gerekebilir. Elbette ki kanunlar Cumhurbaşkanı'nın onaylamasıyla yürürlüğe giriyor. Fakat Cumhurbaşkanı'nın onayından evvel yasama organından geçen ve tartışıldıktan sonra kabul edilen kanunlar, parlamentoların Anayasa Konseyi'ne başvurmalarıyla, Anayasa Konseyi tarafından anayasaya uygunluk denetiminden geçiyor. Kanunlar ancak bu denetimden geçtikten ve bu "olur" verildikten sonra, diğer bir ifadeyle, Anayasa Konseyi anayasaya uygunlukla alakalı ve temel hak ve özgürlüklerin, anayasaya uygun bir şekilde sınırlandırılmadığıyla alakalı görüş bildirdikten sonra yürürlüğe girebiliyor. İşte biz bu salgın döneminde Anayasa Konseyi'nin, Türkiye'deki ifadesiyle Anayasa Mahkemesi, önemini etkin şekilde görebiliyoruz. Fransızlar "Anayasa Konseyi" olarak adlandırmaktadır. Anayasa Konseyi profesyonellerden oluşur. Dolayısıyla "konsey" ifadesi kullanılmaktadır. Anayasa Konseyi, kanunların Anayasa Konseyi'nden nasıl geçtiğini, Anayasa Konseyi'nin salgın döneminde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasıyla alakalı hangi tespitleri yaptığını görebilmemiz açısından çok önemli.

Bu noktada, sizlere yine Fransızca ifadeleriyle, Fransa'da salgın ilan edildikten sonra ne olduğunu paylaşacağım. Fransa'da Mart 2020'de pandemi ilanından sonra sağlık nedeniyle derhal bir Olağanüstü Hal Yasası çıkartıldı. Bu elbette ki sınırlı süreli bir yasaydı. Bir Fransa, bir de Fransa'ya bağlı denizaşırı kısımları kapsamaktadır. Bugün Fransa'ya bağlı denizaşırı kısımlarda sağlık nedeniyle olağanüstü hal uzatıldı; fakat denizaşırı kısımlar hariç Fransa'da uzatılmadı, Fransa'da bitti. Ancak kanuni düzenlemelerle alınan tedbirler devam ediyor; birazdan bunların üzerinde tek tek duracağız. Fakat ben size ana çerçeveyi ve Fransa'da tespit ettiğim iyi uygulama örneklerini göstermek açısından kanunları alt alta sıraladım. Tabii bunların ilk dördü kanun, daha sonrası kararname gelmektedir. Bizde belki genelge (l'arreté) olarak çevirebileceğimiz, idarenin kanuna uygun şekilde o idari alandaki yetkisini, takdir yetkisini kullanarak o bölgedeki, o ildeki, o ilçedeki tedbirleri alırken, oranın şartlarına göre düzenleme yapmasıyla alakalı bir durum. Örneğin, sunumda en sonda belirttim; - 26 Ağustos 2021, ki o da zaten belki hatırlarsınız, Türkiye'nin de kırmızı bölgeye dâhil edilmesi söz konusu oldu- 26 Ağustos 2021 tarihli en alttaki düzenleme, sirkülasyonla yani ulaşım ile alakalı olarak belirlenen idari tedbirlere ilişkin yapılan düzenlemedir. Ben sadece örnek olabilmesi açısından bunu da ekledim. Ama asıl çıkış yapmak istediğim şey kanunilik ilkesine riayet ile ilgilidir.

Kanuni dayanak tartışmaları ışığında Fransa'da "Code" olarak adlandırılan bir sağlık kanunu mevcut. Mart 2020'den itibaren bu sağlık kanunu temel alınarak burada birtakım değişiklikler meydana getirildi. Önce dediğim gibi yasama organı toplandı ve bir kanunla 23 Mart 2020'de sağlık nedeniyle sınırlı olarak olağanüstü hali ilan etti. Olağanüstü hali en başta iki aylık periyotla ilan etti, daha sonra bunu yine yasama organını toplayarak uzattı. Fransızlara "Fransa'da salgın döneminde en çok dikkatinizi çeken şey nedir?" diye sorduğunuzda; ilk başta her şeyin kanunla yapıldığını, temel hak ve özgürlüklere ilişkin müdahalelerin yasama organının toplanmasıyla meclisten geçirilerek gerçekleştiğini söylerler.

İkinci olarak da Anayasa Konseyi'nin ve Danıştay'ın özellikle etkisi dikkat çekmektedir. Hatta sizlere içtenlikle şunu söyleyebilirim; Fransa'da Danıştay, Anayasa Konseyi'nden de önce aslında temel hak ve özgürlüklerin güvencesi olarak sistemini oturtmuş bir kurum. Devlet Konseyi olarak çeviriyoruz, ben Türkçede daha anlaşılabilir olsun diye Danıştay ifadesini kullandım. Şöyle bir durum söz konusu: özgürlükleri kısıtlayabilecek her tedbir yasamadan geçiriliyor. Fakat şöyle bir eleştiriyi de söylemek isterim, bunu hukukçular tartışıyorlar; *"Evet yasamadan geçiyor ama bu seferde çok hızlı geçiyor."* diyorlar. Salgınla mücadele eden bazı ülkelerde, yasamadan dahi geçmemesi tartışılırken, Fransa'da yasamadan geçmesi bir artı olmakla birlikte hukukçular diyorlar ki; *"Bu kadar hızlı geçmemeli. Paydaşlarla tartışılmalı, sivil toplumla tartışılmalı, alanda çalışanlarla tartışılmalı."* Temel hak ve özgürlüklere ilişkin yasalar ve düzenlemeler getiriliyor; fakat yasama alelacele hükümetin teklifiyle geçiriliyor. Bu arada vurgulamak gerekir ki, bu işlemlerin tamamı Anayasa'nın 38. maddesi çerçevesinde Hükümet'in getirdiği yasa teklifiyle olur. Diyorlar ki *"Hükümet çok aceleci davranıyor. Bunları doğrudan yasama meclisinden, parlamentodan geçiriyor ve çok hızlı bir süreç işliyor."* Fakat işte Anayasa Konseyi'ne baktığımızda Anayasa Konseyi önüne hem 31 Mayıs hem 5 Ağustos'taki iki kanun, bizim çevirimizle, sağlık kartı (*pass sanitaire*) uygulaması, belki görmüşsünüzdür, basında da çok yankı bulmuştur. Sağlık kartı uygulaması belirli yerlere girmek için istenen, temmuz ayından beri uygulanan bir uygulama, kademeli olarak geçişleri oldu, detaylarına şimdi ineceğim. Bir de 5 Ağustos'ta bazı meslek gruplarına değineceğiz - ki az önce Mert Hocam da zaten sağlık sektörünün bu anlamda salgınla ilk temas halindeki kişiler olmaları sebebiyle ilk alanda belki zorunlu aşının söz konusu olabilmesi açısından ilk akla gelen sektörler olduğundan bahsetti. Fransa'da da zaten o şekilde oldu. Bu noktada, size Anayasa Konseyi'nin yasama organı tarafından kabul edilen bu iki yasaı incelemesinin detaylarını vermeye çalışacağım. Anayasa Konseyi hukukçuların "Çok hızlı bir şekilde geçiriliyor ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin yapılan bu düzenlemeler, bu sınırlamalar yasamanın aslında

bu şartlar altında yapabileceği düzenleme yetkisini aşıyor.” şeklindeki iddialarına da cevap veriyor.

Ele alacağımız diğer yasa, olağanüstü halin ilanından sonra Sağlık Kanunu’n-da yani Code’da değişiklik ve eklemeler yapılan 31 Mayıs 2021 tarihli yasa. 31 Mayıs 2021 tarihli Kanun, sağlık krizi döneminden çıkmak için yönetime ilişkin, durumun yönetilmesine ilişkin bir kanun. 5 Ağustos 2021 tarihli ikinci kanun da öyle.

31 Mayıs 2021 tarihli Kanun’da genel itibariyle bakıldığında sağlık kartı uygulamasının başlatıldığını söyleyebiliriz. Bu Kanun ile sağlık kartı uygulamasına öncelikle kamuya açık ama çok geniş toplulukların olduğu yerlerde başlandı. Fakat bu en başlarda kültürel değil, daha çok eğlence sektörüyle ve büyük toplanmaların gerçekleştiği alanlarla alakalıydı ve buralara girişle alakalı bir sağlık kartı uygulaması vardı. Sağlık kartı uygulamasından kastımız şu; bizim “Hayat Eve Sığar” uygulaması gibi mobil telefonlarda olan bir uygulama. “Hayat Eve Sığar” Uygulaması gibi bu uygulamanın içerisinde üç şey olabilir: Birincisi kişinin aşı olmuş olması. Bu arada Fransa’da Moderna, Astra Zeneca, BioNTech ve Johnson&Johnson aşıları var ve bu aşılar orada kabul edilmiş durumda. İlk olarak sağlık kartının içerisinde bu aşılardan birinin olup olmadığı belirtilir. İkinci olarak kişi aşı yaptırmadıysa 48 saat geçerli PCR testi yaptırdığına dair bilginin olması gerekiyor. Üçüncü olarak 6 ay boyunca kişinin daha önce geçirdiği bir COVID-19 nedeniyle iyileşmiş olması gerekiyor. Yani tüm bu tedbirlerin temelinde yatan şey aslında bağışıklığın sağlanmış olmasıdır. Kişi 6 ay önce COVID-19 geçirmiş, 6 ayda iyileşmiş ve bünyesi bağışıklık kazanmışsa bu takdirde de bu sağlık kartı çerçevesinde girişe izin verilebiliyor.

Tabii bu uygulama ile ilgili “ilk akla gelen ne olmuş?” diye soracağım, sizler de lütfen düşünün. Bu uygulama ilk olarak Danıştay’a gidiyor. Hükümet kararnameyle bu tedbirleri almaya başlıyor, daha sonra Hükümetin tasarısıyla yasama organından geçiriliyor. Bundan dolayı her ihtimalde Hükümetin teklifleri, düzenlemeleri büyük ölçüde Danıştay’ın önüne gidiyor. Bu kanuni düzenleme de bir sivil toplum kuruluşunun Danıştay’a taşınmasıyla gitmiş. Burada şöyle bir durum söz konusu; ilk olarak Danıştay’ın 6 Temmuz tarihli kararından bahsediyorum. Hatta basına “*Fransız Danıştay’ı, sağlık kartı uygulamasını engellemedi, uygun buldu.*” şeklinde yansıdı. Danıştay önüne giden bu ilk davada ele alınan mesele tamamen kişisel verilerin korunmasına ilişkindi. İlk davada sağlık kartı uygulamasının geniş kitleler içerisinde başlatılmasının en başta sağlık kartının içerisindeki kişisel verilerin korunması hakkı çerçevesinde özel hayat ve aile hayatına saygı hakkına bir müdahale gerçekleştirdiği öne sürülerek bu çerçevede bir denetim yapılması istenmişti. Fakat burada Fransız Danıştay’ı tamamen şuna

baktı. Aramızda kişisel verileri koruma ve çalışan hukuku çalışanlar varsa Danıştay'ın hangi kriterlere bakmış olabileceğini hemen hatırlayacaktır ya da aklından geçirecektir. Fransız Danıştay'ı [Devlet Konseyi] öncelikle sağlık kartı uygulamasının içerisinde saklanan verinin ne olduğuna baktı. Az önce bahsettiğim üç şey; aşı olmuş olacak, 6 ay önce hasta olmuş olacak, bağışıklık kazanmış olacak ya da 48 saat geçerli test olmuş olacak; içindeki veri bu. Sağlık kartı uygulaması sınırlı süreli olup kişinin sadece geniş alanlara girişiyle alakalıdır ve genel sağlığın korunması olmak üzere tek bir amacı vardır. Yani Devlet Konseyi, sağlık kartı uygulamasının bireyin kendi sağlığından ziyade özellikle geniş alanlarda salgının yayılmasının önlenmesi için genel sağlığın korunması meşru amacıyla orantılı bir düzenleme olduğunu söylüyor. Devlet Konseyi sağlık kartı içerisindeki veriler açısından da veri minimizasyonu, yani en az sayıda verinin depolandığıyla alakalı olarak burada özel hayat ve aile hayatının korunmasıyla alakalı ağır bir müdahale olmadığını söylüyor. Şimdi sağlık kartı uygulaması bu şekilde başladı.

İkinci aşama ise, benzer yine başka bir başvuru sonrasında Devlet Konseyi önüne bu sefer şu kapsamda geldi; 50 kişi olan yerlere girişle alakalı sağlık kartı istenmesinde uygulama biraz daha genişletilmiş oldu. Burada da Devlet Konseyi farklı bir şey söylemedi ve benzer değerlendirmeyi yaptı. Az önce Mert Hocam da Almanya örneği çerçevesinde yargının nasıl karar verdiği ve nasıl bir denge analizi yaptığından bahsederken de benzer hususların üzerinde durdu. Bunlar bir hukuk devletinde kanunilik; öngörülebilir bir düzenlemenin olması, meşru amaç; salgın döneminde genel sağlığın korunması ve salgının yayılmasının önlenmesi ve orantılılık; demokratik toplumda gerekli olup olmaması ve acil bir sosyal ihtiyaca cevap verip vermemesi. Bütün mahkemeler bunun değerlendirmesini yapıyor.

Son tahlilde 50 kişilik alanlara erişimle alakalı olarak bir sağlık kartı uygulaması getirildikten sonra bir de 5 Ağustos'tan sonra yargı önüne taşınan olaylarla alakalı alışveriş merkezlerine de sağlık kartıyla girilmesi meselesi gündeme geldi. Bu Fransa'da çok büyük olay oldu ve Devlet Konseyi'ne taşındı.

Devlet Konseyi, 13 Eylül 2021 tarihinde *Alpes Maritime* bölgesindeki alışveriş merkezleri açısından idarenin oradaki alışveriş merkezlerinin tamamına sağlık kartıyla girilmesi ile ilgili tedbiri değerlendirerek buna geçit verdi. Yani alışveriş merkezlerinde de sağlık kartının kullanılmasında bir problem görmedi. Konsey, Anayasa Konseyi gibi bunun amaçla orantılı olması gerektiğini belirterek amaçla bağlılığın altını çizdi. Ülkelere baktığımız zaman aslında genelde tüm mahkemeler bu konuyu ele aldıysa meşru amaçla bağlılığın altını çiziyorlar. Burada da meşru amaçla bağlılıktan bahsediyoruz ya her zaman, amaçla orantılı olacak. Bahse konu meselede, meşru amaç kamu sağlığının korunması, kalabalık

alanlarda salgının yayılmasının önlenmesidir. Konsey şunu söyledi; *Alpes Maritime* bölgesinde de 100 bin kişiden 200 kişi hastalığa yakalandıysa ve rakam bunun altına indiyse, oralarda bu zorunluluğun kalkması gerektiği; fakat hastalığa yakalanan kişi sayısı 200'ün üzerindeyse hala tehdidin devam ettiği, dolayısıyla da alınan tedbirin amaçla orantılı olduğu mantığından gidilmiştir. Az önce Almanya örneğinden bahsedilirken “yargı var olan verileri kullanır” demişti. Hem Devlet Konseyi hem birazdan bahsedeceğim iki adet Anayasa Konseyi kararında mevcut veriler üzerinden hareket etmiş. Yani Fransa’da bir başvurunun mahkemenin önüne geldiği ve bu tedbirlerin alındığı zamanda mevcut durum nedir? Devlet Konseyi *Alpes Maritime* alışveriş merkezleriyle alakalı yaptığı değerlendirmede de buna bakmıştır. İkinci olarak da demokratik toplumda gereklilik, acil bir sosyal ihtiyaca cevap verme ve orantılılık kriterlerine bakıyor. Bu hususlara bir sonraki oturumda daha da detaylı olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi ışığında değinilecektir. Devlet Konseyi alınan tedbirlerin acil ihtiyaçlara erişimi engellemesi durumunda sorun oluşturabileceğini belirtmiştir. Diğer bir deyişle, kişilerin sadece o alışveriş merkezinden acil ihtiyaçlarını karşılaması söz konusuysa ve kişiler sağlık kartı olmadığı için o alışveriş merkezine giremiyorsa o zaman burada bir problem olduğu belirtilmiştir.

Yine Devlet Konseyi aynı şekilde ulaşım araçlarıyla alakalı sağlık kartı gösterme zorunluluğu konusunda da benzer değerlendirme yapmaktadır. Konsey, ulaşım araçlarına sağlık kartı zorunluluğu getiriliyorsa o zaman bir de bu zorunluluğun öngörülmediği ve acil durumlarla ilgili olanakların yani alternatif yöntemlerin de öngörülmesi gerektiğini belirtiyor ve bunlara uyulduğu müddetçe bir problem olmadığını söylemektedir.

Buradan yavaş yavaş sona geliyoruz. Az önce bahsetmiş olduğum yasa, yani OHAL Yasası ile ilgili olarak şunu söyleyeceğim; OHAL, denizasırlı bölgeler hariç Fransa için 23 Mart 2020’de başladı ve 1 Haziran 2021’de sona erdi. Bunların hepsinin altını tekrar çiziceğim; yasayla, yasama organı tarafından her seferinde toplanılarak, Hükümet teklif veriyor, sonra Devlet Konseyi’ne gidiyor ya da gitmiyor, daha sonra meclise geliyor, meclisten geçiyor ve Anayasa Konseyi’ne gidiyor ya da gitmiyor. Daha sonrasında Cumhurbaşkanı tarafından onaylanıyor.

Önemli noktalardan son ikisi Anayasa Konseyi’nin bu konuda kanunları nasıl değerlendirdiğiyle alakalıdır. Anayasa Konseyi, sağlık kartı zorunluluğuyla ilgili 31 Mayıs’ta çıkarılmış olan ilk kanunla alakalı olarak ilk verdiği kararda değerlendirmesini yaptıktan sonra Anayasa ile uyumlu olduğunu belirtti. Fakat bir şerh koydu. Bu rezerv de acil durumlarla ilgili alternatif yolların vs. öngörülmesi ile ilgilidir. Onun dışında Anayasa Konseyi, genel itibarıyla bakıldığında yasa da öngörülen tedbirlerin amaçla orantılı olduğunu, salgının yayılmasını önleme

amacını taşıdığını ve bu çerçevede de anayasa aykırılığın söz konusu olmadığını söyledi. Fakat Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu bu kararda hukukçular tarafından şu husus da tartışılmıştı; eğlence yerlerine girişle alakalı 50 kişilik bir sayı sınırı açısından, 50 kişiden fazlaysa ne olacaktı?... Aslında eleştirenler şunu söylemişlerdi; Birinci olarak "Eğlence yerinden kastımız nedir? Yani biz bu sağlık kartını uygulamak için neyi eğlence yeri olarak değerlendireceğiz?" Dolayısıyla çok genişletmişlerdi. İkinci mesele de sağlık kartının uygulanmasında hangi sayıların esas alınacağıdır. Burada da Anayasa Konseyi'nin çok ciddi bir şekilde verileri analiz ettiğini, o zamanki salgın durumunu analiz ettiğini söyleyebiliriz. Anayasa Konseyi, bu çerçevede eğlence yerinin hiçbir şekilde sendikal faaliyeti, siyasi nedenlerle yapılan toplantıları, ifade özgürlüğünü, tiyatro gibi insanların kültür ve kendini geliştirmesiyle alakalı kültürel faaliyetleri de kapsadığını söylemektedir.

Öte yandan Fransa'da, sağlık görevlilerine zorunlu aşının getirildiği 5 Ağustos tarihli yasayla sağlık sektöründe çalışanlara 15 Eylül'den itibaren aşı zorunluluğu başladı. Yasa ile ilk dozunu yapmış olanların negatif test sonucu göstermek suretiyle ikinci aşısını da yaptırmak mecburiyetinde olduğu, aksi takdirde yaptırım uygulanacağı düzenlenmişti. Sağlık kartını göstermemenin yaptırımı olarak parasal yaptırım öngörülmüş ve tekerrür halinde, yani belli bir süre içerisinde bir daha işlenmesi halinde hapis cezasıyla birlikte para cezası yaptırımı da öngörülmüş. Örneğin; sadece sağlık kartını göstermemenin cezası 135 Euro. 15 gün içerisinde tekrarlar 1500 Euro gibi. Daha sonra tekerrür etmesi halinde hapis cezasına kadar gidiyor. Sahtecilikle vs. de alakalı durumlar var. Ayrıca ceza kanunu çerçevesinde cezai yaptırımı var.

Anayasa Konseyi'ne 5 Ağustos 2021 tarihli yasayla alakalı ilk olarak zorunlu aşı olmayan kişilere uygulanacak yaptırımlarla alakalı bir başvuru, ikinci olarak da kişisel verilerin korunmasıyla alakalı bir başvuru gitti. Burada Anayasa Konseyi kısmi iptal, kısmi uygunluk verdi. Anayasa Konseyi, sağlık kartı uygulamasında kişisel verilerin korunmasıyla alakalı olarak kısmi uygunluk kararı verdi. Aslında Anayasa Konseyi, Devlet Konseyi'nin amaçla uygunluk, veri minimizasyonu vs. gibi yapmış olduğu değerlendirmeyi ve önceki kararında yapmış olduğu değerlendirmeleri tekrarladı.

Bir de şunun altını çizmek mecburiyetindeyim; Fransa'yla Türkiye'yi karşılaştırıyoruz, Türkiye kısmına girmeyeceğim; ancak Fransa'da kişisel verilerin korunmasıyla ilgili mesele ve usulü teminatlar da kanunla düzenlenmiştir. Sağlık Kanunu hepsini düzenliyor. Sağlık Kanunu'nda verilere kimlerin ulaşacağı ne kadar saklanacağı, ne kadar süreyle kimin erişebileceği, nerede saklanacağı, itiraz yolunun ne olduğu, ne zaman bilgilendirme yapılacağı gibi tüm usulü teminatlar

tek tek yazılmıştır. Dolayısıyla Anayasa Konseyi, sağlık kartı uygulamasında kişisel verilerin korunmasıyla alakalı başvuruda kanuna uygun, amaçla bağlantılı bir şekilde orantılı bir tedbir olduğu yönünde değerlendirmede bulunmuş. Fakat Anayasa Konseyi'nin kısmen iptal ettiği kısım şu şekildedir; sağlık sektöründe çalışanlara getirilen zorunlu aşı yükümlülüğüne uymayanlar için önceden görevden çıkarma, fesih, ihraç, iş akdine son verme vardı. Anayasa Konseyi “bu orantılı bir tedbir değildir.” Sonucuna vardı. Dolayısıyla şu anki düzenlemede sağlık sektöründe çalışanlara getirilen zorunlu aşı yükümlülüğüne uymayanların iş sözleşmeleri hiçbir ücret ödemeksizin askıya alınıyor ama kişinin görevine son verilmiyor. Dolayısıyla da çok eleştirilen meselelerden bir tanesi, özellikle kapsam dahilindeki işyerleriyle alakalı durumdur: sağlık sektörü ve itfaiyeciler. Bu arada Fransa'da itfaiyeciler çok önemlidir. Hatta ne kadar önemli olduğunu şundan da anlayabilirsiniz, belki diğer oturumda değinilecektir. 15 Eylül'de başlayacak olan bu zorunluluk ortaya çıktıktan sonra 25 Ağustos 2021'de, 672 itfaiyeci, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne “bu uygulamayı durdur” şeklinde geçici tedbir talepli başvuru yaptılar. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bu tedbir talepli başvuruyu kapsam dışı olması gerekçesiyle reddetti. Ancak Fransa'dan ilk bireysel başvuruyu yapanlar itfaiyecilerdir. Hakikaten Fransa'da itfaiyeciler çok önemlidir. Her ihtimalde sağlık sektöründe de aşı zorunluluğunun getirilmiş olmasını ve ihraç ya da göreve son verme tedbirinin çok ağır olduğunu aklımızda tutacağız. Ama bunun dışında amaçla orantılı olduğunu ve böyle bir uygulama olmaması halinde Anayasa Konseyi'nin bunu ihlal olarak görmediğini, anayasa-ya uygun bulduğunu söyleyebiliriz.

Ben beni dinlediğiniz için sizlere çok teşekkür ediyorum. Sayın Başkan'ın müsaadesi olursa, şunu da söyleyerek sunumumu tamamlamış olayım, şu tespiti yapmış olayım. Türkiye-Fransa karşılaştırmasını yaparken herhalde Fransa'daki bu kriz yönetiminde fren ve denge mekanizmasının ne kadar etkin ve aktif işlemiş olduğunu ve yasamanın ne kadar aktif işlemiş olduğunu gördük. Hatta yasamanın bu kadar aktif olmasının hukukçular tarafından enteresan bir biçimde eleştirildiğini de gözlemledik. Bir eleştiri daha var tabii ki; özellikle sağlık sektörü açısından aşı zorunluluğuyla alakalı kişilerin bireysel temel hak ve özgürlükler çerçevesinde özerkliklerine, yani vücut dokunulmazlıklarına ilişkin bu tedbiri kabul etmek istememeleri sebebiyle yaptıkları protestolar oldu. Bizler basından bunu takip ettik, hatta polisin de kolluk kuvvetlerinin de müdahale ettiği protestolara şahit olduk. Dolayısıyla Fransa'da şu anki tartışma; bir tarafta güçler ayrılığı, fren ve denge sisteminin nasıl aktif şekilde işlediği, diğer tarafta da temel hak ve özgürlüklerin halk tarafından, kamuoyu tarafından sağlık zamanında da sağlıkla ilgili OHAL zamanında da ya da şimdi de ne kadar aktif şekilde savunulmaya devam edildiği ile ilgilidir. Şu an bekleyen bir dava da var, onunla da

bitirmiş olayım, ileride belki onu da konuşma fırsatımız olur. Mert Hocam belki yan etkilerle alakalı değinebilirim diye bana bir atıf yapmıştı. Yan etkilerle ilgili de İdare Mahkemesi önünde bir dava olduğuna yönelik bir haber yapıldı. Ne karar çıkar bilmiyoruz. Kişinin iddiası şu; *“Ben aşı olmam demiyorum ama kesin ispatlanmış aşığı olmak istiyorum.”* Bunun da herhalde biraz AİHM’nin Solo-makhin v. Ukrayna davası üzerinden yorumlanması gerekiyor. O benim konum olmadığı için ben böyle bir parantezi sadece açmış olayım. Beni dinlediğiniz için çok teşekkür ediyorum.

Av. Zennure BER

Tuğçe Duygu Hanım’a enerjisi oldukça yüksek bu konuşma için çok teşekkür ediyorum. Bize Fransa gibi kodifikasyon tecrübesinin oldukça güçlü olduğu bir ülke üzerinden zorunlu aşı uygulamalarının pandemi döneminde nasıl olduğu hususunda yargı üzerinden de örnekler vererek oldukça aydınlatıcı bilgiler verdi. Kendisine ben hassaten çok teşekkür ediyorum.

Üçüncü konuşmacımız; İstanbul Üniversitesi Doktor Öğretim Üyesi Volkan Aslan. Hocamızı ABD örneğini anlatmak ve konuşmasını yapmak üzere kürsüye arz ediyorum. Çok teşekkür ederiz hocam.



İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Öğretim Üyesi

Dr. Öğr. Üyesi Volkan ASLAN

Zorunlu Aşı Uygulaması: ABD Örneği

Öncelikle bu güzel organizasyon için Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumuna, İstanbul Üniversitesine, Hukuk Fakültemize ve bilhassa Sayın Dekanımız Ömer Ekmekçi’ye teşekkür etmek istiyorum. Değerli Konuklar, Sayın Hocalarım ve ekranları başında bizi izleyen değerli izleyiciler,

Ben de bu oturumun son sunumunda Amerika Birleşik Devletleri'nde aşı zorunluluğunu yahut dolaylı olarak aşıya zorlama olarak sayabileceğimiz konuyu hukuki boyutlarıyla ele almaya çalışacağım. Bu çerçevede şöyle bir planım var: Öncelikle bir giriş yaparak Amerika Birleşik Devletleri'nde zorunlu aşı ve diğer aşı uygulamalarına ilişkin tarihsel bir veri aktaracağım. Ardından zorunlu aşıyla ilgili Federal Yüksek Mahkeme ve eyalet düzeyindeki yüksek mahkemelerin kararlarından bahsedeceğim. COVID-19 salgınından sonra verilen kararlara da değindikten sonra biraz güncel gelişmelere değinip sunumumu sonlandırmak niyetindeyim.

Zorunlu aşının Amerika Birleşik Devletleri'nde aslında oldukça eski bir geçmişi var. Gerçekten de bu ülkede zorunlu aşı programları 19. yüzyılın ilk yarısında başlıyor. Tabii tahmin edebileceğiniz üzere aslında zorunlu aşı Amerika Birleşik Devletleri'nde de çoğu ülkede olduğu gibi, belli seviyede eğitimin zorunlu kılınmasının ardından başlıyor.¹ Neden? Çünkü çocuklar okullarda bir araya gelmeye başlıyor. Okullar bulaşıcı hastalıkların yayılacağı bir ortam olduğu için eğitimin zorunlu hale getirilmesiyle birlikte aşı zorunluluğunun da Amerika Birleşik Devletleri'nde çeşitli eyaletlerde getirilmeye başlandığını görüyoruz. Bu çerçevede öğrencilerin aşılama zorunluluğunun ilk olarak Boston'da gündeme geldiğini söyleyebiliriz. Konuyla ilgili yasa çıkarılması durumuna baktığımızda; 19. yüzyılın ilk yarısında ilk olarak Massachusetts'te eyalet düzeyinde zorunlu aşılamaya ilişkin bir yasa çıkarıldığını görüyoruz.² Ancak bu yasanın uygulanması açısından yerel idarecilere yetki tanındığından yeknesak bir uygulamadan bahsetmek mümkün olmamış; dolayısıyla söz konusu yasa çok da etkili sonuçlar doğurmamıştır. Sonrasında zorunlu aşı uygulamaları, New York başta olmak üzere ABD'nin birçok eyaletine yayılmıştır. Örneğin New York'ta yerel yöneticilere, çocukları aşılama zorunluluğu getirilmiş, bu uygulamanın ücretsiz olacağı düzenlenmiştir. 19. yüzyılın sonlarına doğru ABD'nin diğer eyaletlerinde de zorunlu aşıya ilişkin birçok yasanın kabul edildiğini görmekteyiz.³

Birazdan değineceğim Federal Yüksek Mahkeme kararlarının ve diğer mahkemelerin kararlarının ardından ABD'de -COVID-19 salgını öncesinde de- ciddi bir zorunlu aşı uygulaması yerleşmiş durumdadır. Örneğin günümüzde çocuklar için 13 civarında zorunlu aşı söz konusudur. Öte yandan bazı eyaletlerde aşı zorunluluğuna herhangi bir istisna tanınmazken, bazı eyaletlerde ise dini veya felsefi kanaatten ötürü aşı olmaya ilişkin istisnaların tanındığını tespit edebiliyoruz.

¹ Bkz.: John Duffy, "School Vaccination: The Precursor to School Medical Inspection", *Journal of the History of Medicine and Allied Sciences*, Volume: XXXIII, Issue: 3, 1978, 344–355, s. 345.

² Foster James Flint, "An Historical Study of School Health Education in Massachusetts from the Colonial Period to the First World War", Boston Üniversitesi, Doktora Tezi, 1954, (Çevrimiçi) <https://open.bu.edu/handle/2144/5761>, Erişim tarihi: 11 Eylül 2021, s. 14-15.

³ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Duffy, "School Vaccination: The Precursor to School Medical Inspection", tüm makale.

Bildiğiniz üzere, Amerika Birleşik Devletleri federal bir devlet ve birazdan göreceğimiz üzere; bir başka federal devlet olan Almanya'nın aksine çok farklı uygulamalar barındırıyor. Bir eyaletteki uygulamanın 180 derece farklı halini bir diğer eyalette görebiliyoruz. Ancak ABD'de aşı konusunda esas yetkili olan eyalet yönetimleridir. Merkezi Washington olan federal devletin sağlık konusunda ikincil bir rol üstlendiğini görüyoruz. Bunun nedeni, merkezdeki federal devletin yetkilerinin ABD Anayasası'nda sınırlı olarak sayılması ve sayılmayan diğer yetkilere eyaletlerin sahip olduğunun kabul edilmesidir. Federal devletin yetki alanında da aşı veya sağlığa ilişkin hususlar olmadığı için, eyaletlerin aşıyla ve sağlıkla ilgili hususlarda esas yetki sahibi olması söz konusudur.⁴ Dolayısıyla, Washington'da yer alan merkezi federal devletin konumuzla ilgili olarak ikincil bir rol üstlendiğini ya da üstlenebileceğini söylememiz mümkündür.

ABD Anayasası'nın zorunlu aşı konusunu ilgilendirebilecek iki tane çok önemli hükmü var. Bu hükümlerin de "amendment" olarak nitelendirilen değişikliklerde yer aldığını görüyoruz. Nitekim bu Anayasa'da 1982 Anayasası'na benzer bir anayasa değişikliği usulü bulunmamaktadır. "Amendment" denilen değişikliklerin kabulü suretiyle, anayasaya eklenen bazı maddeler söz konusudur. Hak ve özgürlüklere ilişkin çoğu hükmün de sonradan eklenen maddeler şeklinde ABD Anayasası'nda yer aldığını görüyoruz. Bu çerçevede zorunlu aşıya ilişkin en önemli hükümlerin 1. ve 14. değişikliklerle ABD Anayasası'na eklendiği söylenebilir. Zorunlu aşı uygulaması özellikle din ve vicdan hürriyetiyle alakalı sorunlar yarattığı için, 1. Değişiklik'te⁵ yer alan ve *Establishment Clause* olarak nitelendirilen, Kongrenin veya kamu kurumlarının bir dini kayırma veya dezavantajlı konuma sokmama şeklindeki yükümlülüğü akıllara gelmektedir ki bizdeki laiklik ilkesinin gereklerine de belli açılardan tekabül ediyor bu yükümlülük. Kişiler arasında eşitsizlik yapılmaması, kişilerin yaşamından, özgürlüğünden veya mülkiyet hakkından keyfi şekilde yoksun bırakılmaması gibi ilkelerin düzenlendiği 14. Değişiklik de akıllara gelen bir diğer anayasa düzenlemesi olarak dikkat çekmektedir. Bizim hukukumuzda özel hayatın gizliliği ve onun koruduğu alanların söz konusu 14. Değişiklik kapsamında korunduğunun, Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi ve ABD'de yer alan diğer yüksek mahkemeler tarafından kabul edildiğini bu bakımdan ifade edebiliriz. Dolayısıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ve Türk Anayasa Mahkemesinin aşıya ilişkin kararlarında vücut dokunulmazlığından yola çıkıldığını, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinin bu çerçevede

⁴ Bkz.: Wen W. Shen, **State and Federal Authority to Mandate COVID-19 Vaccination**, Congressional Research Service, R46745, April 2, 2021, s. 1.

⁵ ABD Anayasası, 1. Değişiklik uyarınca, "Kongre, dini bir kuruma ilişkin veya serbest ibadeti yasaklayan; ya da ifade özgürlüğünü, basın özgürlüğünü kısıtlayan; ya da halkın sükûnet içinde toplanma ve şikâyetle neden olan bir halin düzeltilmesi için hükümetten talepte bulunma hakkını kısıtlayan herhangi bir yasa yapmayacaktır." ABD Anayasası'nda yer alan maddelerin Türkçesi, ABD Türkiye Büyükelçiliğinin çevirisinden alınmıştır. Bkz.: **Amerika Hakkında: Amerika Birleşik Devletleri Anayasası**, (Çevrimiçi) <https://tr.usembassy.gov/wp-content/uploads/sites/91/abd-anayasasi.pdf>, Erişim tarihi: 12 Eylül 2021.

gündeme geldiğini, tam olarak karşılamasa da söz konusu korumaların ABD'deki karşılığının ABD Anayasası, 14. Değişiklik'te yer aldığını tespit etmemiz mümkün. Haliyle, zorunlu aşıyla ilgili ABD'de verilen kararların çoğunda tartışmalar, 1. ve 14. değişiklikler çerçevesinde yürütülmüştür.

ABD Federal Yüksek Mahkemesinin doğrudan zorunlu aşıyla alakalı iki kararı bulunmaktadır. Bunlardan ilki 1905 tarihli *Jacobson v. Massachusetts*⁶ kararıdır. İkincisi ise 1922 tarihli *Zucht v. King*⁷ kararıdır. Federal Yüksek Mahkemenin iki karar dışında zorunlu aşıya ilişkin doğrudan bir kararı bulunmamaktadır. Gayet tabii Amerika Birleşik Devletleri bir federal devlet olduğundan ve eyaletlerin kendi yargı düzenleri ile yüksek mahkemeleri bulunduğundan eyalet düzeyinde verilmiş onlarca karar olduğunu da akıllardan çıkarmamak gerekmektedir.

Tarihsel verilerden devam edelim. Tahmin edileceği üzere, ABD'de zorunlu aşıya ilişkin ilk kararlar 19. yüzyılın sonlarında çıkmaya başlıyor. Neden? Çünkü zorunlu aşı uygulamaları 19. yüzyılda yaygınlaşıyor.⁸ 1890 yılında California'da, aşısız çocukların okula kabul edilmemesine ilişkin düzenleme Eyalet Yüksek Mahkemesi tarafından anayasaya uygun bulunuyor.⁹ Diğer bir kararda Eyalet Yüksek Mahkemesi, çiçek hastalığının mevcut olduğu veya belirli bir topluluğu tehdit ettiği durumlarda aşının zorunlu tutulabileceğine hükmediyor. Bu kararın 1895 yılında Illinois Eyaleti'nde verildiğini görüyoruz.¹⁰ Diğer birçok eyalette de özellikle 19. yüzyılın sonlarında benzer gelişmelerin yaşandığı görülmektedir.

Dolayısıyla Federal Yüksek Mahkemenin 1905 yılında verdiği ve günümüzde de hala geçerliliğini sürdüren *Jacobson v. Massachusetts* kararı ortaya çıkmadan önce, zorunlu aşıya ilişkin kararların eyaletler düzeyinde yavaşta belirmeye başladığını görüyoruz. Fakat ABD'de zorunlu aşı dendiğinde akla ilk gelen karar, *Jacobson v. Massachusetts* kararıdır.

Massachusetts'te eyalet düzeyinde çıkarılan yasayla halk sağlığı veya toplum sağlığı için gerekli olduğu kanaatine ulaşılması halinde, 21 yaşın üzerindeki herkes için aşı zorunluluğu getirilebilmesine ilişkin yerel yönetimlere yetki tanınmıştır. Zorunluluğa uyulmaması durumunda kişilerin para cezasına çarptırılması da Yasada öngörülmüştür.

⁶ *Jacobson v. Massachusetts*, 197 U.S. 11 (1905). ABD mahkemelerinin verdiği kararlara, aksi belirtilmedikçe *Justia US Supreme Court* isimli internet sitesinden erişilmiştir. Bkz.: (Çevrimiçi) <https://supreme.justia.com/>, Son erişim tarihi: 20 Eylül 2021.

⁷ *Zucht v. King*, 260 U.S. 174 (1922).

⁸ Bkz.: Duffy, "School Vaccination: The Precursor to School Medical Inspection", s. 344–355.

⁹ *Abeel v. Clark*, 84 Cal. 226 (1890). Karar metni için bkz.: (Çevrimiçi) https://casetext.com/case/abeel-v-clark?__cf_chl_jschl_tk__=OUBUZc1I6NhAbgRGhcXmtXtp2yDwt1dqTydTdbOBOJQ-1636438334-0-gaNycGzNCj0, Erişim tarihi: 15 Eylül 2021.

¹⁰ Bkz.: Isaac D. Rawlings, *The Rise and Fall of Disease in Illinois* (Springfield, 1917), s. 156-157'den naklen Duffy, "School Vaccination: The Precursor to School Medical Inspection", s. 350.

ABD'de 1902 yılında çiçek salgınının ortaya çıkmasının ardından Massachusetts'te bulunan Cambridge'te 21 yaş üstü kişiler için aşı zorunluluğu getirilmiştir. Aşı olmak istemeyen Henning Jacobson yargıya başvurarak zorunlu aşı uygulamasının Anayasa'nın vücut dokunulmazlığı ve kişinin özel hayat kapsamındaki haklarının korunduğu ABD Anayasası 14. Değişiklik düzenlemelerine aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Uyuşmazlığın ABD Federal Yüksek Mahkemesinin önüne gelmesinin ardından Mahkeme, kişilerin özgürlüğünün sınırları olduğuna, 14. Değişiklik'te kişinin özgürlüğüne dokunulmamasından bahsedilse de Anayasa'da *police power* olarak belirtilen eyaletlerin kamusal yetkilerinin kullanılması çerçevesinde zorunlu aşı uygulamasının mümkün olduğuna hükmedip davayı reddetmiştir.

Federal Yüksek Mahkemenin zorunlu aşıya ilişkin ikinci önemli kararı, *Jacobson v. Massachusetts* içtihadını sürdürdüğü, 1922 tarihli *Zucht v. King* karardır. Karara konu olan olaya baktığımızda, Texas, San Antonio'da aşı olmayan öğrencilerin okula alınmamasına yönelik bir yasa çıkarılarak çiçek aşısı olduğuna dair belge sunamayan öğrencilerin ne özel eğitim kurumlarına ne de kamu okullarına alınmaması düzenlenmiştir. Düzenlemenin etkilediği öğrencilerden biri olan Rosalyn Zucht, fiili olarak zorunlu aşının dayatıldığını ve bunun kişi hak ve özgürlüklerine aykırı olduğunu ileri sürse de bu iddiası kabul görmemiştir. Dikkat edilirse burada, yetişkinlere aşı uygulanmasını ilgilendiren *Jacobson* kararından farklı olarak çocuklara yönelik aşı uygulaması ile ilgili bir durum söz konusudur. Federal Yüksek Mahkeme, *Jacobson* kararına atıfta bulunarak aşı olmayan öğrencilerin okula alınmamasını ABD Anayasası'na uygun bulmuştur.

Ele alınan iki karar dışında Federal Yüksek Mahkemenin doğrudan zorunlu aşıya ilişkin kararı bulunmamakla birlikte bazı kararlar dolaylı da olsa konumuza ilgilendirmektedir. Bu çerçevede 1944 tarihli *Prince v. Massachusetts* kararını¹¹ anabiliriz. Velilerin ve vasilerin çocuklar üzerindeki yetkilerine ilişkin tartışmaya dayanan bu kararı önemli kılan, *Jacobson* kararı örnek gösterilmek suretiyle aşıya zorlamanın eyaletlerin yetkisi altında kaldığının vurgulanarak eldeki davada ebeveynlerin çocuklar üzerindeki yetkilerinin sınırsız olmadığına kararlaştırılmasıdır. Bu çerçevede kararda, çocukların zorunlu aşıya tabi tutulmaları dahil diğer tedbirlerin uygulanma sebebi olarak, çocuğun iyiliği için devletin yetki kullanabileceğini öngören *parens patriae* ilkesi vurgulanmıştır. Bu ilkeye göre eğer veli ya da vasi çocuğun yerine, çocuğun lehine olacak şekilde hareket etmiyorsa, devlet müdahale edebilir.¹² Kararda da velinin onayı olmasa dahi çocuğun aşıla-

¹¹ *Prince v. Massachusetts*, 321 U.S. 158 (1944).

¹² Bkz.: Kevin M. Malone, Alan R. Hinmans, "Vaccination Mandates: The Public Health Imperative and Individual Rights", *Law in Public Health Practice*, Second Edition, Editors: Richard E. Hoffman, Wilfredo Lopez, Gene W. Matthews, Mark A. Rothstein, Karen L. Foster, New York, Oxford University Press, 2007, 338-360, s. 347.

nabileceğine ilişkin ifade *Jacobson* kararından alıntılanıp, *parens patriae* ilkesinin uygulanma örneği olarak gösterilmektedir.

Dolaylı da olsa önemli olan bir diğer karar olarak *Wisconsin v. Yoder*¹³ kararını anabiliriz. Federal Yüksek Mahkemenin verdiği bu kararı önemli kılan, ABD'nin eyaletlerinden biri olan Arkansas'ta zorunlu aşı uygulaması yapılabileceğine ilişkin verilen *Wright v. DeWitt School District*¹⁴ kararına atıf yapılmasıdır. Bir diğer deyişle Mahkeme aşı zorunluluğunun anayasaya uygun olduğunu dolaylı bir şekilde yine teyit etmiştir.

ABD Federal Yüksek Mahkemesi kararlarının ardından eyalet yüksek mahkemelerinin verdiği kararlara bakmakta da yarar bulunmaktadır. Bu çerçevede zorunlu aşı uygulamasıyla ilgili ilk olarak COVID-19 öncesinde verilen kararlara bakalım. ABD federal bir devlet olduğundan eyaletler düzeyinde çok zengin kararlara karşılaşmak mümkün. Ben yine de fazlasıyla dikkat çekici olduğunu düşündüğüm bazı örnekleri anayım. Birazdan da değineceğim üzere, ABD'nin bazı eyaletlerinde aşı muafiyeti varken bazılarında yok; bazı eyaletlerde dini gerekçeler aşı muafiyetinin temeli olabilirken bazı eyaletlerde sadece kanaat hürriyetine dayanılarak zorunlu aşılarından muaf olmak mümkün. Örneğin dini gerekçelerle zorunlu aşıdan muaf olmanın mümkün olduğu New York'ta birilerinin "tanınmış bir dini örgütün iyi niyetli üyeleri olmadıkları" gerekçesiyle muafiyet talepleri kabul edilmemiştir. New York Eyalet Mahkemesi verdiği kararda söz konusu sınırlamanın ABD Anayasası 1. Değişiklik'te yer alan düzenlemelere aykırı olduğuna hükmetmiştir. Mahkemeye göre devlet herhangi bir dini, avantajlı veya dezavantajlı konuma düşürecek bir düzenleme yapmama yükümlülüğü altında olduğu için söz konusu düzenleme Anayasa'ya aykırı niteliktedir. Zira devletin bir dinin veya inancın gerçekten tanınmış olup olmadığını yahut yaygın olup olmadığını değerlendirme veya bir inancın doğru olup olmadığını değerlendirme yetkisi bulunmamaktadır.¹⁵ Sonrasında New York Eyaleti yeni bir düzenleme yaparak, "Gerçek ve içten dini inançlara (*genuine religions and beliefs*)" sahip olmayı istisna koşulu olarak belirlemiştir. Bu düzenlemenin de yargı önüne taşınmasının ardından verdiği kararda New York Eyalet Mahkemesi, yeni düzenlemeyi Anayasa'ya uygun bulmuştur.¹⁶ Nitekim burada, dinin gerçekten doğru olup olmadığı

¹³ *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972).

¹⁴ Arkansas Yüksek Mahkemesi tarafından verilen *Wright v. DeWitt School District* kararında, eyaletin kamu sağlığını koruma yetkisi çerçevesinde zorunlu aşı uygulaması getirebileceği ve ABD Anayasası'nın bu konuda herhangi bir istisna tanımadığı hükme bağlanmıştır. Bkz.: *Wright V. Dewitt School District*, 238 Ark. 906, 385 S.W.2d 644 (Ark. 1965). Karar metni için bkz.: (Çevrimiçi) <https://biotech.law.lsu.edu/cases/vaccines/wright.htm>, Erişim tarihi: 16 Eylül 2021.

¹⁵ *Sherr v. Northport-East Northport U. Free Sch. D.*, 672 F. Supp. 81 (E.D.N.Y. 1987). Diğer eyaletlerde verilmiş benzer kararlar da söz konusudur. Örneğin bkz.: *McCarthy v. Boozman*, 212 F. Supp. 2d 945 (W.D. Ark. 2002).

¹⁶ Örneğin bkz.: *Berg v. Glen Cove City School Dist.*, 853 F. Supp. 651 (E.D.N.Y. 1994); *Turner v. Liverpool Cent. School*, 186 F. Supp. 2d 187 (N.D.N.Y. 2002).

ğına yönelik değil, kişilerin objektif olarak belirlenebilen tavırlarına göre bir dini inanca sahip olup olmadığına yönelik belirleme yapılması söz konusudur. Benzer kararların başka eyaletlerde verildiğini de görüyoruz Dikkat ederseniz burada önemli olan, kişilerin dini inançlarının geçerliliğinin değil, söz konusu inançların gerçek ve içten olduğunun değerlendirilmesidir. Yani değerlendirme yapan makama göre saçma veya anlamsız bir inanç da olabilir ama insanlar o inanca samimi olarak sahipse muafiyet talepleri kabul edilmek zorundadır.

Şimdi burada size *Lemon Testi* olarak adlandırılan ve bir düzenlemenin din ve inançlara karşı tarafsız olma yükümlülüğüne uyup uymadığını belirlemeye yarayan bir testten bahsetmek istiyorum. Söz konusu test, az önce bahsettiğim, bizdeki laiklik ilkesinin tekabül ettiği anayasa maddesi uyarınca yapılan bir test. 1971 yılında Federal Yüksek Mahkemenin verdiği *Lemon v. Kurtzman*¹⁷ kararının adını verdiği ve günümüzde de geçerli olan bu test uyarınca, yasanın ya da işlemin seküler bir amacı olmalı, yasanın veya işlemin asıl etkisi dinin geliştirilmesi ya da engellenmesi olmamalı, yasa veya işlem sebebiyle devlet dinle aşırı bir bağlantı içinde olmamalıdır.¹⁸ Az önce bahsettiğim, New York'ta kabul edilen yeni yasal düzenleme bu testi geçtiği gerekçesiyle anayasaya uygun bulunmuştur. Söz konusu teste değindim, zira birazdan COVID-19 sebebiyle uygulanan aşılar bakımından bu test yeniden gündeme gelebilir.

Ancak bir bakıyorsunuz, başka bir eyalette bambaşka uygulamalar da söz konusu olabiliyor. Gerçekten de bazı eyalet mahkemeleri aş olma zorunluluğuna dini gerekçelerle istisna tanıyan eyalet yasalarını ABD Anayasası 14. Değişiklik düzenlemelerine aykırı bulmuştur. Bu çerçevede Mississippi Yüksek Mahkemesi tarafından verilen *Brown v. Stone* kararı¹⁹ örnek olarak gösterilebilir. Bazı eyaletlerde de sağlık sebepleri dışında muafiyet tanınmamaktadır. Eyalet yüksek mahkemelerinin de söz konusu uygulamaları anayasaya uygun bulduklarını görüyoruz.²⁰

ABD'de COVID-19 öncesindeki durumu böylelikle ele almış olduk. Kısa bir ara özet yapacak olursak, Federal Yüksek Mahkemenin iki temel kararı ve dolaylı kararları uyarınca kural olarak zorunlu aşı uygulaması Anayasa'ya uygun. Eyalet mahkemelerinin verdiği kararlara baktığımızda ise özellikle zorunlu aşı muafiyetleri bakımından zengin bir çeşitlilik söz konusu.

¹⁷ *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602 (1971).

¹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Mısra Tan, "Amerikan Yüksek Mahkemesi Kararları Işığında Devletin Din Grupları ile İlişkisi ve Türkiye Uygulamaları", *İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, İstanbul, 2013, s. 57-62.

¹⁹ *Brown v. Stone*, 378 So. 2d 218 (1979).

²⁰ Örneğin bkz.: *Whitlow v. California* (S.D. Cal. 2016) 203 F.Supp.3d 1079. Karar metni için bkz.: (Çevrimiçi) <https://casetext.com/case/whitlow-v-california-3>, Erişim tarihi: 10 Eylül 2021.

Az önce değindiğim üzere, ABD’de birçok eyalette pandemi öncesinde yürürlükte bulunan, okullara ve üniversitelere girebilmek için aşı yaptırmış olma zorunluluğuna ilişkin yasaların tamamında sağlıkla ilgili istisnalar bulunurken bazılarında dini gerekçeler ve felsefi düşüncelerle aşı zorunluluğundan muaf olmaya ilişkin imkanlar da söz konusudur.²¹ COVID-19 pandemisinin ardından federal düzeyde ve eyaletler düzeyinde genel bir aşı zorunluluğu olmamakla birlikte çeşitli eyaletlerde kamu ve özel sektör çalışanları ile ve üniversite öğrencileri için aşı zorunluluğunun getirildiği görülmektedir. Bu çerçevede kişilerin işlerine devam edebilmesi, öğrencilerin de üniversitelere girebilmesi aşı olma koşula bağlanmaktadır. Çalışanlar ve öğrenciler dışında bazı yerlere girebilmek için aşılanmış olma veya negatif test sonucunu ibraz etme veya yolculuk öncesinde/sonrasında test ve karantina zorunluluğundan muaf olmak için aşılanmış olmanın gerekli olması gibi düzenlemeler getirilmiştir. Bazı eyaletler, yolculuk sonrasında karantinada tutulmak istemeyenlerin de aşı olması gerektiğini kararlaştırmışlardır. Ancak aksi yönde hareket eden eyaletler de bulunmaktadır. Örneğin Texas, Florida, Arizona, Idaho gibi eyaletlerde aşı teyit sertifikası düzenlenmesi yasaklandığı gibi bunların bazılarında yerel yönetimlerin ve özel işletmelerin belli binalara girilmesi veya aktivitelerde yer alınmasını aşı olma koşuluna bağlamaları da yasaklanmıştır.²² Yine Utah, Arkansas ve Montana’da yasama organları çıkardıkları düzenlemelerle aşılanma gerekliliği ile ilgili sınırlamalar getirmiş veya muafiyetlerin tanınmasını zorunlu kılmışlardır.²³

Eyaletlerin her biri deyim yerindeyse “ayrı telden çaldığı” için, çok çeşitli davalar açılmıştır. Ancak isimlerinden de anlayacağınız üzere bunların çoğu üniversitelere karşı açılmış durumdadır. Zira birçok üniversitenin aşı olmayanların kampüse alınmaması veya PCR testi ile alınabilmesi veya tam onay alınması halinde aşılanmadan üniversiteye girilemeyeceğine yönelik kararları söz konusu olmuştur.²⁴ Esastan bir karar verilmemekle birlikte birçok tedbir talebinin reddedildiğini görüyoruz. Örnekler verelim.

California Eyaleti’nde üniversiteye girebilmek için aşı zorunluluğu getirilmesinin ardından açılan davada henüz esastan bir karar olmamakla birlikte, aşı zorunluluğunun uygulanmamasına yönelik tedbir talebi reddedilmiştir.²⁵ Vücut

²¹ Lindsay F. Wiley, “United States: Vaccination Requirements and Verification Programs Split State Governments”, 6 Mayıs 2021, (Çevrimiçi) <https://lexatlas-c19.org/united-states-vaccination-requirements-and-verification-programs-split-state-governments/>, Erişim tarihi: 14 Eylül 2021.

²² Wiley, “United States: Vaccination Requirements and Verification Programs Split State Governments”.

²³ Wiley, “United States: Vaccination Requirements and Verification Programs Split State Governments”.

²⁴ Bkz.: Linda K. Adler , Brett A. Overby, “Permissibility Of COVID-19 Vaccine Requirements For Students At Private Colleges And Universities”, 14 Mayıs 2021, (Çevrimiçi) <https://www.lcwlegal.com/news/permissibility-of-COVID-19-vaccine-requirements-for-students-at-private-colleges-and-universities/>, Erişim tarihi: 15 Eylül 2021.

²⁵ Lindsay F. Wiley, “United States: Litigation Challenging Vaccine Requirements”, 7 Eylül 2021, (Çevrimiçi) <https://lexatlas-c19.org/united-states-litigation-challenging-vaccine-requirements/>, Erişim tarihi: 14 Eylül 2021.

dokunulmazlığına dayanan tedbir taleplerinin başka davalarda da reddedildiği görülmektedir. Bu çerçevede *Klaassen v. Trustees of Indiana University* davası ile *Dahl v. Trustees of Western Michigan University* davası dikkat çekmektedir.²⁶ Üniversitelere giriş yapabilmek için aşı gerekliliğine yönelik her iki davada da esasa ilişkin nihai karar verilmemiştir. *Klaassen v. Trustees of Indiana University* davasında Mahkeme (*Court of Appeals for the Seventh Circuit*) üniversitenin öğrenciler için öngörmüş olduğu aşı gerekliliklerinin uygulanmasının durdurulması yolundaki tedbir talebini reddetmiştir. Hatta başvuruçuların Federal Yüksek Mahkemeye yönelttikleri müdahale talebi reddedilmiş olup birçok kimse tarafından bu karar *Jacobson* kararının “güvende” olduğu yolunda yorumlanmıştır.²⁷ *Dahl v. Trustees of Western Michigan University* davasında ise daha önceden enfeksiyon kapamış kişinin buna dayalı bağışıklık sahibi olduğu gerekçesiyle muaf tutulmasına ilişkin talebi reddedilmekle birlikte dini gerekçelerle yapılan itirazlar dikkate alınarak derslere katılmalarına izin verilen ve sporcu bursları devam eden atlet öğrencilerin aşı olduklarını kanıtlamadan üniversiteler arası müsabakalara katılamamaları yolundaki sınırlamalara karşı tedbir kararı verilmiştir.²⁸ Bu karar verilirken derse alınan öğrencilerin müsabakalara da katılmasına izin verilmesi gerektiğinden ve müsabakalar bittiğinde yasaklamayı kaldırmanın bir anlamı olmayacağından yola çıkılmıştır. Görüldüğü üzere nadiren de olsa bazı tedbir kararları görülebilmekle birlikte ağırlıklı eğilim tedbir taleplerinin de reddedilmesi yolundadır.

Üniversitelere giriş dışında ABD’de bir diğer güncel tartışma, sağlık çalışanlarına getirilen aşı mecburiyeti ile ilgili açılan davalara yöneliktir. Örneğin Maine Eyaleti’nde dini gerekçelerle muaf tutulma gibi bir istisna tanınmaksızın tüm sağlık çalışanlarına COVID-19’a karşı aşılanma zorunluluğu getirilmesinin ardından açılan davada esastan bir karar verilmemekle birlikte tedbir talebi reddedilmiştir.²⁹ Yakın zamanda benzer bir yasanın New York’ta da çıkarıldığını belirtmek gerekmektedir.

ABD Federal Yüksek Mahkemesinin COVID-19 salgını sebebiyle gerçekleştirilen aşılama uygulamaları ile ilgili esastan vereceği kararların nasıl olacağını tam olarak öngörmek şu an için pek de mümkün değil. Ancak az önce değindiğim *Jacobson* içtihadı hala geçerli ve tedbir talepleri reddedilirken bu karara atıf da yapılıyor. Yine az önce değindiğim *Lemon Testi* ya da Mahkemenin hem vücut dokunulmazlığı hem de özel hayatın diğer unsurlarına ilişkin verdiği birçok karar COVID-19 sebebiyle gerçekleştirilen uygulamalar sebebiyle açılan davalarda da

²⁶ Wiley, “United States: Litigation Challenging Vaccine Requirements”.

²⁷ Wiley, “United States: Litigation Challenging Vaccine Requirements”.

²⁸ Wiley, “United States: Litigation Challenging Vaccine Requirements”.

²⁹ Wiley, “United States: Litigation Challenging Vaccine Requirements”.

muhtemelen gündeme gelecektir. Yukarıda ele aldığım kararlar dışında din ve vicdan özgürlüğü ile ilgili *Employment Division v. Smith*³⁰ kararı, kürtajla ilgili *Roe v. Wade*³¹ kararı ya da tedaviyi reddetmeyle ilgili *Cruzan v. Director, Missouri Dept. of Health*³² kararı bu çerçevede düşünülebilir.³³

Federal Gıda, İlaç ve Kozmetik Yasası uyarınca³⁴ acil durumlarda ABD Federal Gıda ve İlaç Dairesi (*U.S. Food and Drug Administration*), henüz onay almamış tıbbi ürünlerin kullanılmasına izin verebilmektedir. Şubat 2020'de ortada kamu sağlığını ilgilendiren bir olağanüstü durumun olduğu ilan edilmiş ve acil kullanım izninin önu açılmıştır. Bu çerçevede 11 Aralık 2020'de ilk olarak Pfizer-BioNTech aşısı için 16 yaş ve üzerindekiilere uygulanabilmesi amacıyla ABD'de acil kullanım izni verilmiştir. 18 Aralık 2020'de ise Moderna için 18 yaş ve üzerindekiiler için acil kullanım izni verilmiştir. 27 Şubat 2021'de ise Janssen aşısı için 18 yaş ve üzerindekiiler için acil kullanım izni verilmiştir. Nihai olarak ABD Federal Gıda ve İlaç Dairesi, 23 Ağustos 2021 tarihinde Pfizer-BioNTech COVID-19 aşısını 16 yaşını dolduranlar ve daha büyükler için onaylamıştır. Belirtmek gerekir ki acil kullanım izni verilen COVID-19 aşıları ile ilgili olarak zorunlu aşılama ile ilişkin federal düzeyde alınmış bir karar bulunmamaktadır. Bu çerçevede ABD Federal Gıda ve İlaç Dairesi COVID-19 aşılarının zorunlu tutulması veya aşı olmayanlara getirilecek mahrumiyetlerin, eyaletlerin, yerel yönetimlerin ve işverenlerin takdirlerine ve uymak zorunda oldukları diğer kurallara bağlı olduğunu ifade etmektedir.³⁵ Ancak Daire, 23 Ağustos 2021 tarihinde Pfizer-BioNTech COVID-19 aşısını 16 yaşını dolduranlar ve daha büyükler için onaylamıştır.³⁶ Yani aşı karıştırlarının ve zorunlu aşı uygulanamayacağına ilişkin savların bir dayanağı böylelikle ortadan kalkmıştır. Gerçekten de temel savlardan birisi, tam onay almayan aşılardan zorunlu tutulamayacağı veya tam onay almayan aşılardan yaptırılmamasının temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında gerekçe olamayacağı yönünde olmuştur. Federal düzeyde onayın ardından COVID-19 salgınına karşı aşı zorunluluğu veya aşı olmayanlara daha sert sınırlamaların getirilmesinin bundan böyle daha da mümkün hale geldiği haliyle söylenebilir. Dolayısıyla kişisel kanaatim, zorunlu aşıya yönelik veya aşıya zorlama yolundaki uygulamaların dozunun artabileceği yolunda.

³⁰ *Employment Div. v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990).

³¹ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

³² *Cruzan v. Director, Missouri Dept. of Health*, 497 U.S. 261 (1990).

³³ Ayrıca bkz.: Wiley, "United States: Litigation Challenging Vaccine Requirements."

³⁴ 21 U.S. Code § 360bbb-3 (Authorization for medical products for use in emergencies). Yasa metni için bkz.: (Çevrimiçi) <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/21/360bbb-3>, Erişim tarihi: 14 Eylül 2021.

³⁵ (Çevrimiçi) <https://www.cdc.gov/coronavirus/2019ncov/vaccines/recommendations/essentialworker/workplace-vaccination-program.html>, Erişim tarihi: 14 Eylül 2021.

³⁶ (Çevrimiçi) <https://www.fda.gov/news-events/press-announcements/fda-approves-first-COVID-19-vaccine>, Erişim tarihi: 14 Eylül 2021.

Son olarak zorunlu aşı uygulamaları ile ilgili merkezdeki federal devletin ola- sı rolünden bahsetmek istiyorum. Konuyla alakalı birçok yetkinin eyaletlere ait olduğunu konuşmamın başında söylemiştim. Merkezdeki federal devletin hiç mi yetkisi yok? İşyerleri ve üniversitelerle ilgili olarak federal yönetim geleneksel olarak iki hususu düzenlemektedir: işyerlerinde güvenliği arttıracak tedbirlerin alınması, işyerlerinde ve üniversitelerde engellilere yönelik veya dini inançların- dan ötürü kişilere ayrımcılık yapılmaması.³⁷ Dolayısıyla genel sağlığın korunması eyaletlerin yetki alanında kaldığından federal yönetimin bu alanda yetkisi bulun- mamaktadır. Ayrıca yukarıda görüldüğü üzere, ABD’de zorunlu aşıya karşı diren- menin dini veya felsefi inançlara dayandığı durumlarda mahkemeler verdikleri kararlarla Anayasa’da bu tarz bir istisnanın tanınmadığı kararlarını vermektedir. Ancak eyaletlere bakıldığında birçok eyalette dini gerekçelerle ve felsefi nedenler- le zorunlu aşı istisnaları tanınmaktadır. Bu çerçevede genellikle Anayasa’ya aykırı bulunan, dini istisnaların tanınmaması değil, istisnaların devletin “tanıdığı, bildi- ği” dinlere yönelik olmasıdır.

ABD’de dışarıdan göç, askerlik ve yabancı turistlere uygulanan seyahat koşul- ları gibi sınırlı konular dışında federal düzeyde aşı zorunluluğu getiren açık bir düzenleme bulunmamaktadır.³⁸ COVID-19 salgını bakımından ise bazı federal yasaların aşılama yükümlülüğünün federal düzeyde uygulanabilmesine olanak sağlayabileceği savunulmaktadır. Örnek vermek gerekirse, Kamusal Sağlık Hiz- meti Yasası’nda Sağlık ve Sosyal Hizmetler Bakanlığına ve yetkilendirme yoluyla Hastalık Kontrol ve Önleme Merkezlerine bulaşıcı hastalıkların ortaya çıkıp ya- yılmasını, yabancı ülkelerden ülkeye ya da bir eyaletten diğerine yayılmasını en- gellemek amacıyla gereken düzenlemeleri yapıp uygulama yetkisi verilmektedir.³⁹ Bu çerçevede söz konusu merkezlerin COVID-19’un yabancı ülkelerden ABD’ye veya eyaletler arasında yayılmasını engellemek amacıyla aşı zorunluluğu öngören düzenlemeleri yapabileceği belirtilmektedir.⁴⁰ Yine de söz konusu yasanın deva- mında bulunan hükümler sebebiyle zorunlu aşı uygulamasına elverir biçimde yorumlanıp yorumlanamayacağının tartışmalı olduğu söylenebilir. Sonuç olarak, askerlik ve dışarıdan göç konularıyla ülkeyi ziyaret edecek yabancı turistlere geti- rilecek aşı zorunlulukları gibi istisnai durumlar dışında bugün için federal düzey- de bir aşı zorunluluğu uygulaması söz konusu değildir.

³⁷ Dorit R. Reiss, I. Glenn Cohen, Carmel Shachar, “Authorization’ Status is a Red Herring When it Comes to Mandating COVID-19 Vaccination”, *Stat*, 5 Nisan 2021, (Çevrimiçi) <https://www.statnews.com/2021/04/05/authorization-status-COVID-19-vaccine-red-herring-mandating-vaccination/>, Erişim tarihi: 14 Eylül 2021.

³⁸ Shen, *State and Federal Authority to Mandate COVID-19 Vaccination*, s. 5. Örneğin ABD’de oturma izni almak isteyen göçmenlerin aşı ile önenebilir belirli hastalıklara karşı aşılanmış olduklarını belgelemeleri gerekmektedir. Bkz.: Shen, *State and Federal Authority to Mandate COVID-19 Vaccination*, s. 5, dn. 43. Ayrıca bkz.: 8 U.S. Code § 1182 (*Inadmissible aliens*), (Çevrimiçi) <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/8/1182>, Erişim tarihi: 15 Eylül 2021.

³⁹ Shen, *State and Federal Authority to Mandate COVID-19 Vaccination*, s. 6. Yasa metni için bkz.: 42 U.S.C. § 264 (*Regulations to control communicable diseases*), (Çevrimiçi) <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/42/264>, Erişim tarihi: 15 Eylül 2021.

⁴⁰ Shen, *State and Federal Authority to Mandate COVID-19 Vaccination*, s. 6.

Federal Kongrenin aşıyla ilgili olası yetkilerine geldiğimizde ABD Anayasası'n-daki harcama yetkisine ilişkin düzenlemeler (*Spending and Commerce Clauses*) akıllara gelebilir: “Kongre, aşağıdaki yetkilere sahip olacaktır: Vergi, harç, gümrük, üretim ve tüketim vergisi belirlemek ve toplamak, kamu borçlarını ödemek ve Birleşik Devletlerin ortak savunmasını ve genel refahını sağlamak; ancak Birleşik Devletler'in tümünde aynı gümrük, üretim ve tüketim vergisi uygulanacaktır.” Düzenleme Kongreye vergi salma ve genel refah için harcama yetkisi vermektedir. Bu çerçevede Kongre federal fonları federal olmayan birimlere aktararak bunların kullanılma koşullarını belirleyebilir. Geçtiğimiz yüzyılda hastalıkları kontrol etmek, sağlık merkezleri kurmak ve federal düzeyde sağlık sigortası sunmak gibi amaçlarla Kongre bu yetkilerini sık sık kullanmıştır.⁴¹ Bu çerçevede federal fonlardan yararlanabilmeleri için zorunlu aşı ile ilgili yükümlülükler getirme yolunda eyaletler, Federal Kongre tarafından teşvik edilebilir.⁴² Ancak Kongre eyaletleri teşvik etmek dışında zorlayarak aşığı zorunlu kılmalarına yönelik faaliyetler gerçekleştiremez.⁴³ Aksi takdirde Federal Devlet eyaletlere tanınan yetkilere ilişkin ABD Anayasası'nda yer alan düzenlemelere ve özellikle 10. Değişiklik'e aykırı hareket etmiş olur.⁴⁴ Ancak yukarıda belirtildiği üzere, harcama yetkisine dayanarak Federal Kongre aşı uygulamaları bakımından eyaletleri, “zorlayacak ölçüde önemli bir tutar olmamak kaydıyla teşvik edebilir.”⁴⁵

Sonuç olarak federal yönetim şimdiye kadar temelde, aşı ile ilgili geliştirme, teşvik ve üretim hususlarıyla ilgilenmiş ve kendisini bunlarla sınırlandırmıştır. Zorunlu aşı veya aşığı zorlama uygulamaları bakımından esas yetkili olan eyalet yönetimleridir. Sabrınız için çok teşekkür ederim.

Av. Zennure BER

Volkan ASLAN Hocamıza çok teşekkür ediyoruz. 2. oturumu burada nihayete erdirmiş bulunuyoruz. Eğer sorularınız varsa 5 dakikalık bir süre içerisinde, katılımcılarımız cevaplayabilirler. Sorularınız varsa sorularınız almak isteriz. Bu arada Sayın Dekanım hoş geldiniz.

Çok teşekkür ederiz sabrınız için arkadaşlar, sağ olun.

⁴¹ Shen, *State and Federal Authority to Mandate COVID-19 Vaccination*, s. 8.

⁴² Shen, *State and Federal Authority to Mandate COVID-19 Vaccination*, s. 8.

⁴³ Shen, *State and Federal Authority to Mandate COVID-19 Vaccination*, s. 8.

⁴⁴ ABD Anayasası, 10. Değişiklik uyarınca, “Anayasa tarafından Birleşik Devletlere verilmeyen veya Anayasa tarafından eyaletlere yasaklanmayan yetkiler, eyaletlere veya halka aittir.” Söz konusu yasak ABD Hukuku'nda *Anti-Commandeering* Doctrine olarak isimlendirilmektedir. Bu konuyla ilgili verilmiş önemli bir karar için bkz.: *New York v. United States*, 505 U.S. 144 (1992).

⁴⁵ Shen, *State and Federal Authority to Mandate COVID-19 Vaccination*, s. 9-10.

Kaynakça

I. Kitap ve Makaleler

- Adler, Linda K./ Overby , Brett A., “*Permissibility of COVID-19 Vaccine Requirements For Students At Private Colleges And Universities*”, 14.05.2021, <https://www.lcwlegal.com/news/permissibility-of-COVID-19-vaccine-requirements-for-students-at-private-colleges-and-universities/> (çevrimiçi), Erişim Tarihi: 15.09.2021.
- Duffy, John, “*School Vaccination: The Precursor to School Medical Inspection*”, **Journal of the History of Medicine and Allied Sciences**, Volume: XXXIII, Issue: 3, 1978, 344–355.
- Foster, James Flint, “*An Historical Study of School Health Education in Massachusetts from the Colonial Period to the First World War*”, Boston Üniversitesi, Doktora Tezi, 1954 <https://open.bu.edu/handle/2144/5761>, (çevrimiçi), Erişim Tarihi: 11.09.2021.
- Malone, Kevin M./ Hinmans, Alan R., “*Vaccination Mandates: The Public Health Imperative and Individual Rights*”, **Law in Public Health Practice**, Second Edition, Editors: Richard E. Hoffman, Wilfredo Lopez, Gene W. Matthews, Mark A. Rothstein, Karen L. Foster, New York, Oxford University Press, 2007, s. 338-360.
- Rawlings, Isaac D., **The Rise and Fall of Disease in Illinois**, Springfield, 1917.
- Reiss, Dorit R./ Cohen, I. Glenn/ Shachar, Carmel, “*Authorization’ Status is a Red Herring When it Comes to Mandating Covid-19 Vaccination*”, Stat, 5 Nisan 2021, <https://www.statnews.com/2021/04/05/authorization-status-covid-19-vaccine-red-herring-mandating-vaccination/> , (çevrimiçi), Erişim Tarihi: 14.09.2021.
- Shen, Wen W., **State and Federal Authority to Mandate COVID-19 Vaccination**, Congressional Research Service, R46745, 02.04.2021.
- Tan, Mısra, “*Amerikan Yüksek Mahkemesi Kararları Işığında Devletin Din Grupları ile İlişkisi ve Türkiye Uygulamaları*”, **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, İstanbul, 2013.
- Wiley, Lindsay F., “*United States: Vaccination Requirements and Verification Programs Split State Governments*”, 6 Mayıs 2021, <https://lexatlas-c19.org/united-states-vaccination-requirements-and-verification-programs-split-state-governments/> , (çevrimiçi), Erişim Tarihi: 14.09.2021.
- Wiley, Lindsay F., “*United States: Litigation Challenging Vaccine Requirements*”, 7 Eylül 2021, <https://lexatlas-c19.org/united-states-litigation-challenging-vaccine-requirements/>, (çevrimiçi), Erişim Tarihi: 14.09.2021.

II. İçtihatlar

Abeel v. Clark, 84 Cal. 226 (1890).

Berg v. Glen Cove City School Dist., 853 F. Supp. 651 (E.D.N.Y. 1994).
Brown v. Stone, 378 So. 2d 218 (1979).
Cruzan v. Director, Missouri Dept. of Health, 497 U.S. 261 (1990).
Employment Div. v. Smith, 494 U.S. 872 (1990).
Jacobson v. Massachusetts, 197 U.S. 11 (1905).
Lemon v. Kurtzman, 403 U.S. 602 (1971).
McCarthy v. Boozman, 212 F. Supp. 2d 945 (W.D. Ark. 2002).
New York v. United States, 505 U.S. 144 (1992).
Prince v. Massachusetts, 321 U.S. 158 (1944).
Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).
Sherr v. Northport-East Northport U. Free Sch. D., 672 F. Supp. 81 (E.D.N.Y. 1987).
Turner v. Liverpool Cent. School, 186 F. Supp. 2d 187 (N.D.N.Y. 2002).
Whitlow v. California (S.D. Cal. 2016) 203 F.Supp.3d 1079.
Wisconsin v. Yoder, 406 U.S. 205 (1972).
Wright v. DeWitt School District 238 Ark. 906, 385 S.W.2d 644 (Ark. 1965).
Zucht v. King, 260 U.S. 174 (1922).

III. Diğer Kaynaklar

- 21 U.S.C. § 360bbb-3 (*Authorization for medical products for use in emergencies*). Yasa metni için bkz: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/21/360bbb-3> (çevrimiçi), Erişim Tarihi: 14.09.2021.
- 42 U.S.C. § 264 (*Regulations to control communicable diseases*), Yasa metni için bkz.: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/42/264> (çevrimiçi), Erişim Tarihi: 15.09.2021.
- 8 U.S.C. § 1182 (*Inadmissible aliens*). Yasa metni için bkz.: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/8/1182>, (çevrimiçi), Erişim Tarihi: 15.09.2021.
- Amerika Hakkında: Amerika Birleşik Devletleri Anayasası, <https://tr.usembassy.gov/wp-content/uploads/sites/91/abd-anayasasi.pdf> (çevrimiçi), Erişim Tarihi: 12.09.2021.
- <https://www.cdc.gov/coronavirus/2019-ncov/vaccines/recommendations/essentialworker/workplace-vaccination-program.html>, (çevrimiçi), Erişim Tarihi: 14.09.2021.
- <https://www.fda.gov/news-events/press-announcements/fda-approves-first-COVID-19-vaccine>, (çevrimiçi), Erişim Tarihi: 14.09.2021

ÇALIŞTAY
İNSAN HAKLARI PER
COVID-19'A KARŞI AŞI
ÇALIŞTAYI
- 27.01.2020



OTURUM

ZORUNLU AŞI UYGULAMASININ İNSAN
HAKLARI YARGISINDA GÖRÜNÜMÜ

Oturum Başkanı

Prof. Dr. Nihat BULUT

SUNUCU

Programımızın 3. oturumuna başlıyoruz. İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi Profesör Doktor Burak GEMALMAZ, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi Doçent Doktor Taylan BARIN, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı Profesör Doktor Sayın Ömer EKMEKÇİ ile Oturum Başkanı, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi Profesör Doktor Nihat BULUT'u davet ediyorum. Buyurun efendim.



İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Nihat BULUT

Merhaba. Saygıdeğer konuklar hoş geldiniz. Ayrıca bizi dijital platform üzerinden dinleyenlere de saygılarımızı sunuyoruz sizinle. Bugünün son oturumu “zorunlu aşı” ile ilgili olacak. Zorunlu aşı uygulamasının insan hakları yargısında görünümü nedir? Bu sorunun cevabını arayacağız. Biliyorsunuz olağanüstü dönemler, olağanüstü şartlar, hak ve özgürlüklerin bazen gerekenden fazla sınırlandırılmasını gerektirebilir. Sınırlamayla ilgili, hatta durdurmayla ilgili önemli problemler ortaya çıkarabilir. Ama önemli olan, bu durumlarda bile sınırlandırmanın ya da durdurmanın gerektirdiği şartlara riayet etmektir. Bu çerçevede bu zorunlu aşı uygulamasının bir anlamda yargı kurumları bakımından görünümünü ele alacağız. Çok fazla uzatmadan ben, sözü öncelikle “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Zorunlu Aşı Uygulaması” başlıklı konuşmasını yapmak üzere Doçent Doktor Taylan BARIN’a veriyorum. Kendileri Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesinde görev yapıyorlar, buyurun.



Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk
Fakültesi Öğretim Üyesi

Doç. Dr. Taylan BARIN

AYM Kararlarında Zorunlu Aşı Uygulaması

Sayın Başkan, çok teşekkür ederim. Öncelikle İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesine ve İstanbul Üniversitesine, aynı zamanda TİHEK'e teşekkür ederim.

Öncelikle bilmemiz gereken COVID-19 aşısına dair henüz Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu bir karar yok. Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu aşı uygulamalarına ilişkin karar daha çok çocuk aşılarına ilişkindir. Bebeklik dönemi veya çocukluk döneminde yapılan aşılarla ebeveynlerin çocuklarını aşılamama iradesine karşı idarenin bir yaptırımı var. O da çocuğun üstün yararından dolayı, çocuğa aşı yapma tedbirinin uygulanması. Benim bahsedeceğim 2015 tarihli Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu'nun vermiş olduğu bir karar var. Bu kararda Mahkeme çocuğun aşı olmasına öncelikle karar veriyor. Ardından tam bu uygulanacakken, çocuğun ebeveyni bireysel başvuru yapıyor. Çocuğun ebeveyni bireysel başvuru yaptıktan sonra, bu her zaman olmaz, doğrusu beni şaşırtan bir gelişmedir; bireysel başvuru yapıldığına dair evrakı ilgili sağlık birimine götürdüklerinde, Uşak'ın Sivaslı ilçesi olması lazım, bireysel başvurunun sonucunu beklemeye karar veriyorlar. Sonra bireysel başvuruda da hak ihlali çıkıyor, dolayısıyla aşı tatbik olmuyor. Burada Anayasa Mahkemesi hangi kriterleri uyguladı; ben bundan bahsedeceğim. Bir Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ihlal iddialarında bir inceleme silsilesi var. Bu silsile ilk başta kanunilikle başlıyor, daha sonra meşru amaç ve ölçülülük, demokratik toplum düzenindeki yeriyile devam ediyor. Bizde kanunilik aşamasına henüz geçebilmiş bir aşı düzenlemesi olmadığı için ben ilk kısmını anlatıp, ardından hocamın diğer kısmıyla devam etmesi daha uygun görüldü.

Öncelikle kısaca genel çerçeve; ilgili hak ne? Anayasa Mahkemesi hangi hakta inceledi bunu? Anayasadaki düzenleme ne şekilde ve bu nasıl yorumlanıyor?

Müdahalede hangi rejim takip edilecek? Öncü karar ve bu kararın tahlili biraz önce bahsettiğim Genel Kurul kararı. Benzer kararlar, sonuç ve öneriler. Şimdi ilgili hak, özel hayata saygı hakkı. AİHM’de de bu konu aynı şekilde inceleniyor, Anayasa Mahkemesi’nde de aynı şekilde. Anayasanın 17. maddesinde düzenlenen kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı. Burada özellikle 2. fıkra bizim için önemli. “Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz. Rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.” Aşı, Anayasa Mahkemesi kararlarında ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında, vücut bütünlüğüne yönelik bir müdahale olarak kabul ediliyor. Onun için biz buradan yine bir önceki oturumda Mert DUYGUN hocanın bahsettiği bizden fazla hakla da aslında ilişkisi var. Fakat ben burada Anayasa Mahkemesi kararıyla sınırlı bir sunum gerçekleştireceğim için, vücut bütünlüğüne yönelik bir müdahaleden devam etmeyi planlıyorum.

Şimdi vücut bütünlüğüne her müdahale gibi vücut bütünlüğüne yönelik müdahalelerde üç aşamalı bir teste tabi tutuluyor. Bir, evvela kanuni olacak. Kanunilik, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi uygulamasından daha güvenceli bir kanunilik var bizim Anayasa Mahkemesi uygulamamızda. Bunun nedeni ise Anayasa’nın 13. maddesi; temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanabileceği. Ardından kanuni bir müdahalenin kanuni dayanağı varsa, bu kanuni dayanağın meşru amacı var mı yok mu buna bakılıyor. Ardından demokratik toplum düzeninde gerekli olma ve ölçülülük ilkeleri. Burada üçüncü ve son denetlemedeki kriteri oluşturuyor.

Kanuniliği Anayasa Mahkemesi şekli anlamda kanunun yeterli olmadığını belirttiikten sonra maddi anlamda kanun olarak da arıyor. Yani bir şeyin alelade, usulen kanunla düzenlenmiş olmasını veya genel çerçevenin yalnızca çizilip bırakılmış olmasını kanuniliği sağladığı şeklinde yorumlamıyor. Onun dışında kanunilik ölçütünü karşılayan nitelikte bir kanunun var olduğundan bahsedilebilmesi için yasal düzenlemenin öncelikle açık ve öngörülebilir olması ve idarenin, devletin keyfi uygulamalarına karşı uygun bir koruma sağlamasının gerektiğini söylüyor.

Şimdi burada meşru amaçla bu aşamayı geçseydi şayet, meşru amaç ne olacaktı? Aşının zorunlu olmasının potansiyel faydaları. Burada da yine bir önceki oturumda bahsedildiği gibi tıp biliminin verileriyle hareket edebileceğimiz bir alan açılıyor. Yani tıp bunun, aşının şayet zorunlu olmasının, faydasının olmasından daha fazla olduğunu söylüyorsa artık burada yargı organlarının ilave bir araştırma yapmasına çok da gerek olmayacağı kanaatindeyim.

Aşının potansiyel faydalarının gerçekleşme ihtimaline dair tıp bilimi dediğimiz gibi burada nihai kararı verip, Anayasa Mahkemesine veya yargı yerlerine yol gösterecek nitelikte.

Ölçülülük neler; ölçülülüğün de üç tane alt ilkesi var: Elverişlilik, gereklilik ve orantılılık. Burada elverişlilik hususunda zaten yine aynı şekilde tıp bilimiyle alakalı bir elverişlilik var. Gereklilikte acaba bu denge sağlanmış mı gibi bir denetleme var. Peki, bu dengede bakılması gereken şey ne; acaba hastalığın tedavisi için bir ilacın, yani hastalığa tutulanların bir ilaçla tedavisinin mümkün olması halinde, burada gereklilik onunla onu kıyaslamak şeklinde olabilir. Ama henüz öyle bir şey olmadığı için yine bu aşamaya geçilemeyeceği kanaatindeyim. Orantılılık ise aşılananların vücut bütünlüğüne yapılan müdahalenin yaratabileceği olası riskler ile bireyin yaşam hakkı ve halk sağlığını tesis etme, meşru amacı arasındaki makul bir oran.

Şimdi yeniden kendi konumuza dönüp, öncü karar ne diyordu ona bakalım. Halime Sare AYSAI başvurusu, işte biraz önce bahsettiğim; ebeveyni tarafından başvuruluyor, Uşak ilinin Sivaslı ilçesinde. Ardından mahkeme 5395 sayılı Kanun'un 3. maddesinin 1 numaralı fıkrasına; çocuğun korunmaya muhtaç olarak kabul edilmesi gerektiğine hükmediyor. Sonra bireysel başvuru yapıldığı söyleniyor ve çocuğun vücut bütünlüğüne yönelik bu müdahale gerçekleştirilmiyor, ta ki bireysel başvuru kararının sonucu beklenene kadar. O da ihlal çıktığı için zaten aşı olmuyor.

Şimdi, bu kararda bizim için önemli olan, benim dikkatimi çeken şeylerden biri; Bakanlığın görüş yazısı. Bakanlığın görüş yazısı neden önemli; çünkü bugünkü uygulamaya ışık tutması açısından bence biraz işlevsel. Bakanlık görüş yazısında diyor ki: *"Çocuklara uygulanacak aşı uygulamasının aslında kanuni dayanağı var."* Bu kanuni dayanak da yine genel çerçeve olarak çizilen bir kanuni dayanak. Diyor ki *"Küçük yaşta çocukların ve dolayısıyla toplumun sağlığını koruma şeklindeki meşru amaca dayanarak gerçekleştirdi."* Meşru amaç burada ön plana çıkarılıyor, kanuni dayanağın ise teferruatlara girmeksizin çerçeveyle düzenlenmesinin yeterli olduğu iddia ediliyor idare tarafından.

Peki, Anayasa Mahkemesi nasıl karar veriyor? Öncelikle Anayasa Mahkemesinin 17. maddenin 2. fıkrasını yorumlamasına biraz dikkat etmek gerekiyor kanaatimce. *"Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında..."* diyor. Bu iki şekilde anlaşılabilir; buradaki bağlaç *"ve"* olduğu için iki şartın aynı anda aranması mı gerekir, bir zorunlu aşı düzenlemesi yapılabilmesi için? Yani bunu şöyle mi anlamamız gerekir; *"kanunda yazılı tıbbi zorunluluklar"* mı demek istiyor burada Anayasa koyucu? Yoksa tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller

birbirinden farklı şeyler mi? Anayasa Mahkemesi bunu, buradaki “ve” bağlacını “veya” şeklinde yorumlayarak cevap veriyor. Dolayısıyla bunun ilk söylediğim şekilde yorumlanması halinde, kanuni bir düzenleme olsaydı dahi bu, Anayasa’nın 17. maddesine aykırı olabilecekti. Fakat bu yorum yoluyla ikisinin birbirine bağlı veya koşut olarak gerçekleştirilmesi gereken haklardan olmadığı sonucuna varıyor Anayasa Mahkemesi. Ben de varmış olduğu sonuca katılıyorum doğrusu.

Şimdi Anayasa Mahkemesi aşıya dair değerlendirmesinin ardından şöyle devam ettiriyor. Bir, diyor ki *“Tüm müdahalelerde temel şart rıza.”* Peki, bizim tartıştığımız şey zaten rızanın olmadığı haller. *“Rızanın olmadığı halde ise hastanın rızası olmaksızın yapılan tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunu sağlayan hallerin biri olarak kabul edilen tıbbi zorunluluk kavramı...,”* yani ilkinin açıklıyor burada. *“Genel olarak hastanın rızasının alınmasının mümkün olmadığı ancak müdahalede bulunulmaması durumunda telafisi güç zararların doğabileceği...”* Yani hasta bilincini kaybetmiş olabilir veya buna benzer bir durumda olabilir; tıbbi zorunluluğu çok dar yorumluyor Anayasa Mahkemesi. Yine bence isabetli bir yoruma sahip burada.

Diğeri ise kanunilik. Tıbbi zorunluluk, yani hastanın rızasına başvurulamayacak bir hal olması lazım veyahuk kanuni bir düzenleme olması lazım. Peki, bu kanuni düzenleme nasıl olmalı? Biraz önce söylediğimiz gibi Anayasa’nın 13. maddesine göre ancak kanunla sınırlanabileceği için, kişinin vücuduna yapılacak tıbbi müdahale olarak da tanımlandığı Anayasa Mahkemesi hâlihazırda bunu, ancak kanunda düzenlenmesi gerekiyor. Kanun, müdahaleye yetki veren bir kanun olacak, müdahalenin hukuki temelini açıkça bu kanun oluşturacak. Ama zorunlu aşıda kanunilik kriterinin, biraz önce söylediğim ve idarenin savunmasında aslında değinilen bir kanun hükmüydü. Fakat Anayasa Mahkemesi bu kanun hükmünü yeterli güvencelere sahip, maddi anlamda bir kanun veya Anayasa Mahkemesinin önceki kararlarında göreceğimiz kanunun kalitesi, yeni kararlarında kanunun niteliği olarak tanımladık (quality of law), oradan incelediğini görüyoruz. Bakanlığın görüşünün aksine 1593 sayılı Kanun’un 57. maddesinde çocuklara yapılan aşıları tahdidi olarak sayılan hastalıklar tam olarak karşılamıyor. Nitekim COVID-19 aşısı da yine bu maddedekileri açıkça sağlamıyor. 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 hükmü, yani 57’ye gönderme yapan 72. madde hükmünün, bu konuda kanuni dayanak sağlamadan yoksun olduğuna karar veriyor. Anayasa Mahkemesi, ardından kanuni dayanağı olmayan müdahalenin Anayasa’ya bir ihlal oluşturacağı kararına varıyor. *“Aynı değerlendirme tabii olarak şu anda COVID-19 aşısı için de muhtemelen uygulanacaktır.”* demek isterdim ama sonda biraz farklı bitiyor maalesef.

Ardından Anayasa Mahkemesi değerlendirmesinde 1593 sayılı Kanun'da çiçek aşısı düzenlemesini örnek veriyor. Anılan Kanun'un 88 ila 94. maddeleri arasında çiçek hastalığına karşı aşı uygulamanın nasıl yapılacağına dair çok detaylı hükümler yer alıyor. Anayasa Mahkemesi de kanun koyucuya yol gösterircesine, düzenlemenin ancak buradaki detaylara ihtiva etmesi halinde belirlilik ve hukuکی güvenilirlik ilkelerini sağlayacağına işaret ediyor. Dolayısıyla anılan hükümlerden yola çıkarak, COVID-19'a karşı yapılacak aşılanmanın kanuni düzenlemesinin de bu şekilde yapılabilceğı sonucuna ulaşılabilir.

Aksi düzenlemeler veya bakanlığın görev yetkilerine dair Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle yapılabilecek düzenlemelerin, Anayasa'nın ikinci kısmının ikinci bölümünde yer alan bir temel hakka yönelik sınırlandırma ve müdahale açısından dayanak olamayacağını ise açıktan Anayasa Mahkemesi bunu yine o tarihte KHK'lar için söylüyor.

Anayasa Mahkemesi bir de bu kararda aşığı tanımlıyor. O dönem m-RNA aşıları olmadığı için aşı tanımı, işte pasif aşı mı deniliyordu ne deniyor... İlk oturumda konuşsaydım daha rahat olabilirdi. Birtakım hastalıklara karşı bağışıklık sağlamak için o hastalığın mikrobuyla hazırlanmış, eriyik olarak tanımlanan maddelerin vücuda verilmesi şeklinde. Yani *"m-RNA sistemine değil, ölü virüslerin verilmesi şeklinde yapılan şeyin adı aşıdır"* diyor Anayasa Mahkemesi o kararında. Fakat Anayasa Mahkemesi'nin aşının tanımıyla çok ilgileneceğini zannetmiyorum bundan sonraki herhangi bir başvuru veya kanuni düzenleme karşısında.

Şimdi konuyla ilgili benzer kararlar bize ne söylüyor? Ben doğrusu sunumu hazırlamaya başladığımda bu sonuca varacağımı düşünmüyordum. Benzer kararlar beni bambaşka bir yere doğru götürdü. Öncelikle ilk verdiğimiz Halime Sare Aysal kararı 2015 tarihli bir karar. 2016 tarihine geldiğimizde somut olay ve karar içeriğı aynı olan bir başka başvuruyla karşılaşırız. Yine 2014 esaslı fakat 2016'nın Haziran ayında verilen bir kararda bebeklik dönemi aşıları somut olay ve karar içeriğıyle yine genel kurul kararıyla aynı. Fakat burada topuk kanı alınmasından da şikâyet ediyor başvuru. Somut olay farklı, karar da burada çelişkili; biraz sonra buna değineceğim.

Ve 2017 kararı. 2017 kararında Salih Gökalep Sezer başvurusu var. Burada da somut olay aynı, ne ile aynı; genel kurul kararıyla aynı, 2016'da verilmiş olan kararlar da aynı, çocuklara yönelik yapılacak, çocukluk aşısına ilişkin. Fakat varılan sonuç da aynı olmasına rağmen oy çoğunluğu farklı. Üçte iki olarak çıkıyor bu karar. Şimdi bunlar neden önemli, şimdi değineceğim. Bir, bu topuk kanıyla ilgili olan düzenleme. Bu düzenleme doğrusu Anayasa Mahkemesinin genel kurul ka-

rarıyla ve aynı başvuruda incelediği, çocuklara ilişkin zorunlu aşı kararıyla aynı doğrultuda değil. Neden; çünkü bebeklik dönemi aşları için olay ve başvuru sonucu aynı. Dolayısıyla ona hiç değinmemize gerek yok. Topuk kanı uygulamasını ise Anayasa Mahkemesi çok farklı yorumluyor. Burada Anayasa Mahkemesi 572 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 24. maddesiyle getirilen bir düzenlemeyi, bir bebeğin vücut bütünlüğüne yapılacak müdahalede kanuni dayanak olarak alıyor. Yani 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.

Bu değişiklik bir KHK ile yapılmış olmasına rağmen, dolayısıyla bir kanun dayanağı olmamasına rağmen Anayasa Mahkemesi kanunilik şartında herhangi bir sorun görmeksizin burayı geçiyor. Oysa Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu Halime Sare Aysal kararının 72. paragrafında açıkça *"Bu düzenlemeler, bu sınırlamalar ancak ve ancak kanunla yapılabilir. KHK'larla bu sınırlamalar yapılamaz."* diye ayrıca vurguluyordu. Oysa konu topuk kanına geldiğinde, burada Anayasa Mahkemesi yorumunu değiştiriyor, karar kendi içerisinde çelişkili olmasına rağmen topuk kanı müdahalesinin kanunilik şartını taşıdığına hükme diyor.

Burada şu detaya da bir değinmek isterim; ilgili düzenlemede aslında işte bu KHK ile getirilen düzenlemede *"özürlü"* ifadesi yer alırken, 2013 tarihinde bütün mevzuatta yapılan değişiklikle beraber *"özürlü"* ibareleri *"engelli"* olarak değiştirildi. Dolayısıyla KHK ile getirilen hüküm de aslında bir kanunla değiştirildi. Bunu daha sonra, bir ibare değişikliği olsa bile, kanuni dayanak olarak saymış da olabilir Anayasa Mahkemesi. Bu benim çok naif bir yaklaşımım olarak buraya da düşünülebilir elbette.

İkincisi; Anayasa Mahkemesinin burada kanunilik şartını sağlayan düzenleme tam olarak bu ek diyor ve bu ek Kanun Hükmünde Kararnameyle getiriliyor.

Diğer karar, 2017 tarihli olan somut olay genel kurul kararıyla aynı. Fakat burada ikiye karşı üç oyla ihlal kararı veriliyor ve dolayısıyla karşı oyların dayanağı ise konuşmamın başında anlattığım idarenin iddialarıyla birebir örtüşüyor.

Bir tane de kabul edilemezliğe ilişkin karşı oy var bu kararda. Bence en doğru karar oymuş ama yine de bu şekilde çıkmış, ilgilenenler olursa soru-cevap kısmında açabiliriz.

Ben bu sunumu hazırlarken ulaştığım verileri şöyle sayabilirim; bir, 2015'te AYM genel kurulunun vermiş olduğu bir karar var, kanuniliğe aykırı buluyor

bunu; dolayısıyla ihlal kararı veriyor. Burada bir tane karşı oy var. İkincisi; o tarihten bugüne kadar 6 yıl geçti, 6 yılda Türkiye Büyük Millet Meclisi konuya ilişkin herhangi bir kanuni düzenleme yapmadı. Yani kanuni dayanaktan yoksun olarak bebeklik ve çocukluk dönemi aşıları yapılmaya devam ediyor demek bu. İnsan haklarına dair karar veren mahkeme için herhalde en üzücü şeylerden birisi aynı konuda sürekli karar vermektir. Çünkü siz ihlale neden olan etkenler her neyse onu ortadan kaldıramıyorsunuz demektir bu. Anayasa Mahkemesi'nin burada karşılaştığı şey bu. Bu birinci bulgu. İkinci bulgu; bu karardan iki yıl sonra, bugünden ise dört yıl önce verilen aynı konuda verilmiş bir kararda ise ikiye karşı üç oyla ihlal çıktığı görülüyor. Dolayısıyla ve buradaki iki oydan birisi genel kurulda bir tane karşı oy veren kişi değil. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi çoğunluğunda kanunilik ilkesine ilişkin şu anda ne diyeceğini bilmediğimiz bir belirsizliğin olduğunu düşünüyorum.

2016'da yeni doğanlardan alınan topuk kanının KHK ile getirilmiş bir düzenlemeye, "*kanunilik dayanağı vardır*" demekle bu endişelerimi sanki haklı çıkarıyor gibi geliyor bana. Bu verileri yorumladığımda; bir, 6 yıldır herhangi bir düzenleme yapan bir yasama organı göremiyoruz. İki, topuk kanı aslında aşıdan biraz daha meşru. Çünkü ondan bir şey alıyorsunuz gibi düşündü muhtemelen yüce mahkeme. Bugüne baktığımızda tüm toplumu etkileyen insanların sokağa çıkmasını engelleyen, seyahatlerine ciddi kısıntılar getiren bir salgınla baş başayız, karşı karşıyayız ve dolayısıyla bu salgına müdahale etmek aslında çok daha meşru ve bu beraberinde şu riski getiriyor kanaatimce; müdahalenin meşruluğu güçlendikçe, kanunilik kriterinin rafa kalkma ihtimali de bir o kadar artıyor. Bunları değerlendirdikten sonra vardığım sonuç maalesef şu; bugün bir Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (CBK) veya Cumhurbaşkanı kararıyla COVID-19 aşısı zorunlu hale getirilirse, düzenleyici işlem CBK ile gelirse Anayasa Mahkemesi; CB kararıyla gelirse Danıştay tarafından iptali ihtimali söz konusu olabilir veyahut bunları uygulanırken bireysel başvuru neticesinde AYM'den bir ihlal kararı çıkması ihtimalini ben oldukça zayıf görüyorum maalesef. Dolayısıyla bunların kanuni dayanağı sağladığına ilişkin bir ön kabul bugün olabilir endişesi taşıyorum. Olması gereken ne; olması gereken bunun bir kanunla yapılması, bu kanunun ise Anayasa Mahkemesinin 2015 tarihli kararında işaret ettiği ve yine mevzuattan örnek vererek "*Bunu bu şekilde yapmalısınız.*" dediği 1593 sayılı Kanun'un 88 ile 94. maddeleri arasındaki gibi düzenlenmesi ve burada bu kanunun şeklen olmaması bunu düzenlerken, bu kanunun erişilebilir, öngörülebilir, idarenin keyfi davranışlarına karşı koruma sağlayan bir bütün olarak hukuki güvenliği teminat altına alan hususlarına dikkat edilmeli. Bunu nasıl sağlayacak; bunun bir mecburi aşı olduğu açıkça kanunda yazmalı, yükümlülüğün zamanı, ne zaman aşı olacaklar, uygulanacak gruplar kimlerden oluşacak, aşı yaptırmayanların mahrum

kalacakları haklar ve hürriyetler neler; bütün aşı muhataplarının kanuna baktığı zaman görebilmesi gerekmektedir. Elbette uygulanmasına ilişkin idarenin düzenleyici işlem yapması gerekecektir. Fakat çerçevenin normal düzenlemelere göre çok daha ayrıntılı çizilmesi gerektiği kanaatindeyim. Benim söyleyecekleri bu kadar, sabırla dinlediğiniz için çok teşekkür ederim.

Prof. Dr. Nihat BULUT

Biz teşekkür ediyoruz. Tam da vaktinde bitirdin, ayrıca takdire şayan. Evet, şu ana kadar bir kararın olmadığını öğrendik. Mevcut kararlardan yola çıkarak da bence çok önemli bir tespit yapıldı. Yani bu gerçekten de özgürlüklere önemli bir müdahale. Yani kuşkusuz işin hak tarafı da var, yani buna ulaşma bağlamında farklı yaklaşabiliriz ama müdahale bağlamında yasal bir düzenlemeyi gerektirdiği vurgusu çok değerliydi. Şimdi bunun devamı aslında başka bir tarafından ele alınacak. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ne diyor ne diyebilir ona dair bir öngöründe bulunabilir miyiz?



İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Öğretim Üyesi

Prof. Dr. H. Burak GEMALMAZ

AİHM Kararlarında Zorunlu Aşı Uygulaması¹

Giriş

Bu kısa çalışma zorunlu aşı uygulamasının kanuni/hukuki dayanağı bulunduğu varsayımından hareketle konuyu ele alacaktır. Zira Türkiye gibi istisnai ülkeler hariç genellikle devletler pandemiyle mücadelede belli kanuni standartları ve hukuk devleti standartlarını izlemeye gayret etmektedir. Devletler arada flu kısımları olsa bile öngörülebilir ve belirliliği karşılamakta ya da karşılamaya

¹ Bu tebliğ metninin hazırlanmasındaki yardımları için İÜSBE doktora öğrencileri Av. Seyfullah Tosun ve Araş. Gör. Zeynep Günler ile İÜSBE yüksek lisans öğrencisi Araş. Gör. Hüdanur Aygüt'a teşekkür ederim.

yakın kalitede mevzuat üreterek pandemiyle mücadele etmeyi tercih etmektedirler. Dolayısıyla bu tebliğ özel olarak Türkiye'ye odaklanmayıp meseleye daha genel bir perspektiften bakarak kanuni ve hukuki olan, bir diğer ifadeyle, öngörülebilirlik ve belirlilik standartlarını karşıladığı varsayımında COVID-19 aşılarının zorunlu kılınması müdahalesinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (bundan sonra AİHM ya da Mahkeme) kararları çerçevesinde nasıl ele alınabileceğini tartışacaktır. Bunu yapmadan önce Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (bundan sonra AİHS ya da Sözleşme) çerçevesinde, aşıyla ilgili uyumsuzlukların daha önce Mahkeme önüne geldiği hatırlanmalı ve mesele standardize edilmeye çalışılmalıdır.

AİHM'in Zorunlu Aşıya İlişkin Yaklaşımının Tarihsel Gelişimi

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası bağlamında gündeme gelebilecek özel yaşamın gizliliği veya kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı ya da maddi ve manevi korunma hakkının AİHS'deki karşılığı, Sözleşmenin 8. maddesi ile koruma altına alınan "özel yaşama saygı hakkı"dır. Özel hayatın gizliliği ve kişinin maddi manevi varlığını koruma ve geliştirme haklarının örtüştüğü söylenebilir. Nitekim Anayasa Mahkemesi genellikle iki hakkı birlikte ele almaktadır. Ancak Anayasa Mahkemesi tıbbi müdahaleler ve özellikle aşılarla ilişkin meselelerde Anayasanın 20. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliği hakkından ziyade 17. maddesinde düzenlenen maddi ve manevi varlığını koruma hakkı üzerinden ilerlerken² AİHM ise Sözleşmenin 8. maddesi çerçevesinde konuyu ele almaktadır. Zorunlu aşı uygulamasının vücut bütünlüğüne³ doğrudan bir müdahale teşkil etmesi sebebiyle ilk akla gelen hükümlerin bunlar olması doğaldır.⁴ Yine seyahat özgürlüğü ile düşünce, din, inanç özgürlükleri de göz önünde bulundurulması gereken ve COVID-19 aşıları bakımından gündeme gelebilecek haklar arasındadır.

Gelgelelim, aşı uygulamalarının vücut bütünlüğüne kategorik bir müdahale teşkil edip etmediği meselesinin Strasbourg yargısında kavranışı tedrici bir süreç izlemiştir. Meseleyi ilk olarak gönüllü-zorunlu aşı uygulaması ayrımı yaparak ele alan Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (bundan böyle AİHK ya da

² Salih Gökalep Sezer Başvurusu, No. 2014/5629, 21/11/2017; Muhammed Ali Bayram Başvurusu, No. 2014/4077, 29/6/2016.

³ Madde 8'in fiziksel bütünlüğü koruduğu hakkında bkz. H. Burak Gemalmaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ve Türk Hukukunda Çocuğun Bedensel Cezadan Korunması**, 2005, Legal Yayıncılık, İstanbul, sf: 116-121.

⁴ Vücut bütünlüğü bağlamında aşı uygulamalarının doğurabileceği ölüm gibi ters/yan etkiler sebebiyle yaşam hakkının veya kötü muamele yasağının da gündeme gelmesi olasıdır. Ancak gerek yaşam hakkının dar kapsamı, gerekse de ölüm veya ölüm benzeri sağlık sorunlarıyla tıbbi müdahaleler (burada aşı) arasında aranan sıkı nedensellik bağı, insan hakları yargı makamlarını, devletlerin yaşam hakkı karşısındaki negatif ve pozitif yükümlülüklerini çoğunlukla karşıladığı sonucuna götürmektedir. Bu nedenle, aşı uygulamalarının vücut bütünlüğünü koruyan özel yaşam hakkı (veya kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı veya maddi ve manevi korunma hakkı) çerçevesinde yargısal organlar önünde tartışıldığı görülmektedir. Bununla birlikte, zorunlu veya rızai bir aşı uygulamasının ölüme veya ölümcül zararlar sonucunda götürebildiği hallerde, yaşam hakkının ihlal edildiğinin ileri sürülebileceği tekrar hatırlatılmalıdır.

Komisyon)⁵, konuya ilişkin verdiği kararlarda gönüllü/rızai aşının herhangi bir hakka müdahale teşkil etmediği görüşünü benimsemişti. Bir aşı uygulamasının müdahale olarak nitelenmemesi, zaten o vakada incelenecek bir hak meselesi olmadığı anlamına geldiğinden, başvuru ya konu bakımından yetkisizlik ya da açıkça dayanaktan yoksunluk koşulu çerçevesinde kabuledilemez bulunmaktaydı. 1970'lerin sonları ile 1980'lerin başlarında AİHK tarafından verilen ilk kararlar bu yöndedir.⁶

Strasbourg organlarının zorunlu aşılar bakımından yaklaşımı ise farklıdır. Çocuklara boğmaca, çocuk felci, difteri, çiçek aşılarının yaptırılmasını zorunlu kılan San Marino mevzuatı⁷ ile bu aşıların bir çocukta ne zaman uygulanacağına dair zaman çizelgesi hazırlanıp talimat verilmesinden yakınılan başvuruda AİHK, ayrıntılı bir değerlendirme yapmaya gerek görmeden, kendisinin aşılarla ilgili olmayan başka zorunlu tıbbi müdahalelere ilişkin önceki bir kararına atıfla, bir yaptırım tehdidi altında aşı dahil herhangi bir tıbbi müdahaleye zorlanmanın özel yaşama saygı hakkına bir müdahale teşkil edeceğini kabul etmiştir.⁸ AİHK'e göre, rızai olmayan zorunlu tıbbi müdahaleler, önemsiz dahi olsa, kişinin fiziksel ve zihinsel bütünlüğüne bir müdahale niteliğindedir.⁹ AİHK'i takip eden Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM ya da Mahkeme) de rıza dışı bir tıbbi müdahale türü olan zorunlu aşıların özel yaşama saygı hakkına bir müdahale teşkil ettiğini kabul etmiştir.¹⁰

Netice itibarıyla insan onurunun ve vücut bütünlüğünün değerinin daha ön plana çıktığı günümüzde zorunlu aşının ve giderek bütün tıbbi müdahalelerin Sözleşmenin 8. Maddesi anlamında vücut bütünlüğüne bir müdahale teşkil ettiğinin genel olarak kabul gördüğü söylenebilir.¹¹ Hatta bu noktada söz konusu aşının zorunlulukla tatbik edilmiş olması dahi aranmamakta, aşının uyulması

⁵ Avrupa İnsan Hakları Komisyonu AİHS'in 1998 öncesindeki orijinal halinde yer alan ve başvuruların ilk olarak yapıldığı organdı. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu başvuruların özellikle kabuledilebilirlik incelemesini yapmakta (kabuledilebilirlik hakkında karar/admissibility decision), sonrasında ise kabuledilebilir bulunan başvuruların esası hakkında da karar vermekteydi (Nihai Rapor/Final Report). Başvurular, eğer usuli diğer koşullar karşılanıyorsa, ancak Avrupa İnsan Hakları Komisyonunun esas hakkındaki kararından sonra AİHM önüne götürülebilmekteydi. 11 No'lu Protokolün yürürlüğe girmesiyle Avrupa İnsan Hakları Komisyonu sistemden kaldırılmıştır. Ancak Avrupa İnsan Hakları Komisyonunun kararları halen önem arz edebilmektedir.

⁶ *Association X. v. The United Kingdom*, App. No. 7154/75, Admissibility Decision of 12 July 1978; *Fay Godfrey v. The United Kingdom*, App. No. 8542/79, Admissibility Decision of 4 February 1982.

⁷ Hepatit B aşısına ilişkin bir zorunluluk mevzuatta olmadığından uyumsuzluğa bakan idare mahkemesi, işlemi iptal etmiştir.

⁸ *Carlo Boffa and 13 Others v. San Marino*, App. No.26536/95, Admissibility Decision of 15 January 1998, para. 4 (The Law).

⁹ H. Burak Gemalmaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ve Türk Hukukunda Çocuğun Bedensel Cezadan Korunması**, 2005, Legal Yayıncılık, İstanbul, sf: 119 ve dn. 338; Gülay Arslan Öncü, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı**, Beta Yayıncılık, 2011, sf: 87.

¹⁰ *Salvetti v. Italy*, App. No. 42197/98, Admissibility Decision of 9 July 2002. AİHM bu vargıya ulaşırken, kendisinin aşıyla ilgili olmayan başka zorunlu tıbbi müdahalelerle (zorunlu psikiyatrik muayene) ilgili bir kararına atıf yapmıştır.

¹¹ *Solomakhin v. Ukraine*, App. No. 24429/03, Judgment of 15 March 2012, paras.33-34.

gereken bir yükümlülük olarak mevzuatta düzenlenmiş ve uyulmamasına huku-ki sonuçlar bağlanmış olması müdahale edildiği sonucunu doğurmaktadır.¹²

AİHM'in Zorunlu Aşı Müdahalesinin Sözleşmeye Uygunluğunu İnceleme Yöntemi

Fakat bu kabulün tek başına sorunu çözmediği söylenemez. Bir hakka müdahalede bulunulmuş olması, otomatik olarak o hakkın ihlal edildiği anlamına gelmez. Ulusalüstü belgelerde düzenlenmiş haklara taraf devletçe bir müdahalede bulunulmuş olduğu Sözleşme organ(lar)ınca kabul edilirse, söz konusu müdahalenin meşru olup olmadığı incelenir. Bu inceleme üç aşamadan oluşmaktadır ve doktrinde üçlü test olarak adlandırılmaktadır: **a)** Birinci aşama, söz konusu müdahalenin kanunla öngörülüp görülmeyeceği ve hukukilik koşulunu karşılayıp karşılamadığı; **b)** İkinci aşama, yapılan müdahalenin sınırlama ölçütlerine ya da bir başka deyişle meşru amaçlara uygun olup olmadığı ve **c)** Üçüncü aşama, müdahalenin/sınırlamanın “demokratik bir toplumda gerekli” olup olmadığıdır.¹³

Testin ilk kısmını kanunilik/hukukilik koşulu oluşturmaktadır. Ancak bu çalışmada kanunilik koşulunun karşılandığının varsayılacağı belirtilmişti. İkinci aşamada ise kanunilik koşulunu sağlayan bir müdahalenin meşru amaç güdüp gütmeyeceği araştırılmaktadır. Diğer bir ifadeyle, bir hak sınırlandırıldığında ya da bir hakka müdahale edildiğinde o müdahalenin ilgili maddede öngörülmüş meşru amaçları karşılıyor olması gerekmektedir. Buna “sınırlama ölçütü” denilmektedir. Sınırlama ölçütleri de genel olarak sınırlı sayıda sayılmıştır. Ancak Anayasada düzenlenen seyahat özgürlüğü örneğinde olduğu gibi bazı haklar bakımından sınırlama ölçütü öngörülmemiş olabilir.

Bu noktada AİHM'in özellikle bulaşıcı hastalıklarla mücadele adına gerek hastalığın ortadan kaldırılması gerekse de bireylerin/toplumun sağlığının korunması amacıyla aşı zorunluluğu getirilmesini hiç tartışmaksızın ve sorgulamaksızın meşru bir amaç olduğunu kabul etmekte ve meseleyi devletlerin takdir marjına bırakmaktadır.¹⁴ Aslında AİHM'in bu kabulü sorgulanmaya açıktır. Ancak meşru amaç bağının çok zayıf olduğu durumlarda Mahkeme, çoğunlukla konuyu ölçülülük tartışmasına taşımaktadır.

Sınırlama rejimindeki son aşama sınırlamanın nereye kadar yapılabileceğini ifade eden “sınırlamanın sınırı” incelemesidir. AİHS (md.8–11)'de yer alan hak-

¹² *Vavřička and Others v. Czech Republic*, App. Nos. 47621/13 and 5 others, Grand Chamber Judgment of 8 April 2021, paras.260, 263-264.

¹³ H. Burak Gemalmaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı*, 2. Tıpkı Bası, Beta Yayıncılık, 2017, sf:447.

¹⁴ *Solomakhin v. Ukraine*, App. No. 24429/03, Judgment of 15 March 2012, para.35.

ların sınırlandırılmasının meşruluğunun incelenmesinde en önemli nokta, devletin müdahalesinin “*demokratik bir toplumda gerekli*” olup olmadığıdır. Bu ilke, aynı zamanda müdahalede güdülen meşru amaçla yapılan müdahalenin “ölçülü” bir ilişki içerisinde olması anlamına gelmektedir. “Demokratik bir toplumda gerekli olmayan” veyahut diğer bir deyişle “ölçüsüz” sınırlamalar Sözleşmeye aykırı olur.

Ölçülülük ilkesi “*elverişlilik*”, “*gereklilik*” ve “*orantılılık*” olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. “*Elverişlilik*”, öngörülen müdahalenin, ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını; “*Gereklilik*”, ulaşılmak istenen amaç bakımından müdahalenin zorunlu olmasını, yani aynı amaca daha hafif bir müdahale ile ulaşılmamasının mümkün olmamasını; “*Orantılılık*” ise bireyin hakkına yapılan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir. Bir müdahalenin ölçülü addedilmesi için, o müdahalenin ulaşılmak istenen amaç için zorunlu ve elverişli olması gerekmektedir. Buna göre, bir hakkı daha az kayıtlayıcı bir önlem de, sınırlamayla ulaşılmak istenen amacı sağlıyorsa, o önlem tercih edilmelidir; aksinin, yani daha az kayıtlayıcı önlem varken daha ağır önlemin tercih edilmesi o hakkı ihlal eder. Diğer yandan, bir müdahalenin ölçülü olup olmadığının belirlenmesinde usuli güvenceler (hukuki yollara erişme, etkili şekilde itiraz edebilme ve dinlenilme hakkı ile ilgili ve yeterli gerekçe içeren bir yanıt alma hakkı olarak özetlenebilir) de önemli rol oynamaktadır.

Sınırlamanın sınırına ilişkin ölçütlerin somut olaya uygulanması noktasında takdir marjı denilen kavram gündeme geliyor. Çok işlevli bir kavram olan takdir marjı bir müdahalenin “gerekliliği” hakkındaki kararı en iyi verebilecek olan makamın ulusal makamlar olduğu varsayımına dayanmaktadır. Ancak ulusal makamların bu takdir marjı, Strasbourg organlarının denetimine tabidir. Ne de olsa bir sınırlama, yalnız bunu gerekli kılan “*toplumsal ihtiyaç baskısı*” varsa meşru olabilir. Hakları düzenleyen madde metinlerinde yazmayan bu ölçüt tamamen AİHM’in yargısal kurgusuyla devşirilmiştir. Demokratik bir toplumda hakların sınırlandırılmasına yol açacak müdahale, öyle sıradan bir kaygıya dayanarak yapılamaz. Zira AİHM’e göre, “gereklilik” klozu “kabul edilebilir”, “olağan”, “yararlı”, “makul” ya da “arzu edilen” gibi terimlerin ve kavramların sahip olduğu esnekliğe sahip değildir.¹⁵ Devletlere (ulusal makamlara) bırakılan takdir marjının boyutu somut olayın koşullarına göre belirlenirken, söz konusu hakkın önemi (entim/mahrem meseleleri içerip içermediği ve acil durumlarla ilgili olup olmadığı gibi), müdahalenin/sınırlamanın niteliği ve derecesi ile başvuru üzerindeki etkisi, hakkı sınırlandırılan başvuruçunun eylemi/tasarrufu, pozitif yükümlülüklerle ilgili olup olmadığı, sınırlandırmanın amacının önemi ve bununla bağlantılı

¹⁵ *Handyside v. the United Kingdom*, App. No.5493/72, Judgment of 7 December 1976, para.48; *Chassagnou and Others v. France*, App. Nos. 25088/94 - 28331/95 - 28443/95, Judgment of 29 April 1999, paras.112-113.

olarak sınırlamanın yapıldığı Devletteki hukuki-siyasi koşullar dikkate alınmak durumundadır.¹⁶ Ayrıca, Avrupa Konseyi üyesi devletler arasında, uyumsuzluk hakkında yeknesak bir anlayış bulunup bulunmadığı da takdir marjının boyutu belirlenirken dikkate alınmaktadır. Eğer AK üyesi Devletlerin o spesifik konuda ki anlayışı yeknesak ise, yani Devletler bir çeşit konsensüse varmışsa takdir marjı darlaşacak ve sapmanın meşrulaştırılması güçleşecektir. Eğer bir konsensüs yok ise, bu defa takdir marjı geniş olacak ve ihlal bulunması güçleşecektir.¹⁷

Yukarıdaki açıklamaların AİHM'in zorunlu aşılardan hakkındaki yaklaşımı takip etmeyi kolaylaştıracağı umulmaktadır.

Bulaşıcı Hastalıklar ve Epidemiler/Pandemiler Bakımından AİHM'in Tutumu

Bulaşıcı hastalıklar ve epidemiler veya pandemiler söz konusu olduğunda ulusal makamlar tarafından müdahalelerin Sözleşme'ye uygunluğunun denetlenmesinde AİHM'in tıbbi gelişme ve değerlendirmelere özel bir önem verdiği söylenebilir.

Başvurucunun akut solunum yolu hastalığı esnasında itirazlarına rağmen kendisine yapılan ve ruhsatsız, son kullanım tarihi geçmiş ve uygun olmayan koşullarda saklandığını iddia ettiği difteri aşısından ötürü kronik hastalıkların (pankreatit, safra kesesi iltihabı, hepatit ve kolit) meydana gelmesinin ve bu hastalıklardan ötürü tazminat talebinin reddedilmesinin Sözleşme Madde 2'de düzenlene yaşam hakkını ihlal ettiğini ileri sürdüğü *Solomakhin* kararında AİHM, ulusal mahkemelerdeki yargılama esnasında alınan ve başvurucuda görülen hastalıklar ile aşı arasında nedensel bir ilişki olmadığı görüşünü içeren uzman raporuna dayanarak, zorunlu aşıdan ötürü zarar gördüğü iddiasında olan başvurucunun iddiasını ispatlayamadığına kanaat getirmiştir. Meseleyi başvurucunun iddiasının aksine yaşam hakkı açısından değil özel yaşama saygı açısından ele alan AİHM'e göre, bölgedeki bulaşıcı hastalık salgınının kontrol altına alınması gerekliliği ile kamu sağlığı mülahazaları başvurucunun fiziksel bütünlüğüne müdahaleyi haklılaştırmaktadır. Somut olayda aşığı uygulayan tıbbi personelin başvurucuyu aşıya karşı hassasiyeti olup olmadığı testini yapmasının yeterli ve uygun tedbirlerin alındığının göstergesi olduğunu söyleyen Mahkeme, başvurucunun haklarının toplumun sağlığının korunması kamu yararı karşısında dengelendiğini kanaatine ulaşmıştır. Bu sonuca varırken AİHM, ulusal yargı makam-

¹⁶ *Vavřička and Others v. Czech Republic*, App. Nos. 47621/13 and 5 others, Grand Chamber Judgment of 8 April 2021, para.273.

¹⁷ Sağlık bağlamında örneğin bkz. *Kiyutin v. Russia*, App. No. 2700/10, Judgment of 15 September 2011, para. 65; doğrudan aşı bağlamında ise bkz. *Vavřička and Others v. Czech Republic*, App. Nos. 47621/13 and 5 others, Grand Chamber Judgment of 8 April 2021, para.273, 277-279.

larının bulgularını tekrar ederek başvurunun daha önce itiraz edebilmişken kendisinin ne şekilde aşırıya zorlandığını ve itiraz edemediğini açıklayamadığını ve söz konusu aşının sağlığına gerçekten zarar verdiğini ispatlayacak bir kanıt sunmadığının altını çizmiştir. AİHM son olarak, ulusal yargısal makamların başvurunun şikayetini layıkıyla incelediklerini, çok sayıda tıbbi raporla difteri aşısının bilinen hiçbir yan etkisinin başvurucuda görülmediğini saptadıklarını, bu yöntemle elde edilmiş bilgilerinin vardıkları sonucu keyfi ve gayrimakul bir karar olmadıktan çıkardığını, bulguladıkları tek usulsüzlük olan aşının bu iş için tahsis edilen özel aşı odası dışında uygulanmasının başvurunun sağlığına herhangi bir etkisi olmadığını vurgulamıştır. *Solomakhin* kararında bu nedenler doğrultusunda, ispat külfetinin başvurucuda olduğu ve zararın ispatlanamadığı, yeteri kadar direnilmediği için 8. madde anlamında müdahale olmasına rağmen bu maddenin ihlal edilmediğine hükmedilmiştir.¹⁸

AİHM'in *Solomakhin* kararında aşılama epidemii/pandemi ilişkisi ulaşılan sonuçta oldukça belirleyicidir. Mahkemenin konuyu salgınlar bağlamında ele aldığını, difteri salgınının (epidemi) önlenmesinde aşılamanın önemine dair Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin 19 Mart 1997 tarih ve 1317 sayılı Tavsiye Kararını (1997) zikrettiğini hatırlatmak gereklidir. Salgın söz konusu olduğu için de, aleyhine başvuru yapılan devlete, kavramı açıkça kullanmamakla birlikte, geniş bir takdir marjı tanımış ve müdahalenin ölçülülüğü noktasında gereklilik ve orantılılık (adil denge) alt unsurlarının karşılandığı sonucuna varmıştır.

Aşılama-epidemi/pandemi ilişkisi karşımıza inanç¹⁹ ve örgütlenme özgürlükleri bağlamında da çıkmaktadır. Başkasından kan almamak, bazı tıbbi operasyonları kabul etmemek gibi tıbbi girişimler konusunda farklı düşüncelere sahip olmasıyla tanınan Yehova Şahitleri dininin Rusya'daki bir şubesinin kapatılmasından ve yasaklanılmasından yakınılan *Yehova Şahitleri ve Diğerleri v. Rusya* kararı, aşılama ile ilişkin içerdiği önemli standart belirlemeyle burada kısaca incelenmeyi hak etmektedir. Derneğin kapatılmasını/yasaklanmasının gerekçeleri arasında gösterilen intiharın teşvik edilmesi ve tıbbi yardımın reddedilmesi inancı özelinde tartışma yürüten AİHM, sadede bireyi ilgilendiren tıbbi tercihlerle kamu sağlığını etkileyen tıbbi tercihler arasında ikili bir ayrıma gitmiştir. Buna göre, ölümcül bir durum söz konusu dahi olsa tıbbi müdahaleye rıza vermemesine/tedaviyi ret etmesine rağmen kişiler zorunlu tıbbi müdahaleye tabi tutuluyor veya bu görüşü savunan inançlardan ötürü örgütlenme yasaklanıyorsa veya benzeri yaptırımlar uygulanıyorsa, bu durum Sözleşmenin temelinde yer

¹⁸ *Solomakhin v. Ukraine*, App. No. 24429/03, Judgment of 15 March 2012.

¹⁹ Aşılar a inanç veya felsefi görüş temelinde karşı çıktığında ilgili AİHS Madde 9'un uygulanabilir bulunması için, başvurunun görüşlerinin belirli bir tutarlılıkta olması gerekmektedir. Bkz. *Vavřička and Others v. Czech Republic*, App. Nos. 47621/13 and 5 others, Grand Chamber Judgment of 8 April 2021, paras.334-337.

alan irade özerkliği, kişinin kendi kaderini tayin hakkı ve insan onuru nosyonlarına aykırı olacağından ilgili hakkı (vücut bütünlüğü-Madde 8, inanç özgürlüğü-Madde 9, örgütlenme özgürlüğü-Madde 11 gibi) ihlal eder. En azından ulusal makamların bu yasaklama veya benzeri bir başka yaptırımı veyahut zorunlu tıbbi müdahaleyi gerektiren acil toplumsal ihtiyaç baskısını ya da kişisel özerkliği kısıtlamayı haklı kılacak ilgili ve yeterli nedenlerin varlığını ikna edici şekilde göstermesi gerekmektedir. Diğer yandan AİHM hemen yukarıdaki paragraftaki bütün bu belirlemelerinin (özgür seçim, kendi kaderini tayin) ancak sadece bireyleri etkileyen tercihler söz konusu olduğunda geçerli olduğunu, salgınlar (epidemi) sırasında tatbik edilen zorunlu aşilar gibi üçüncü kişilerin korunması ihtiyacı bulunan hallerde geçerli olmadığını açıkça ifade etmiştir.²⁰

Dikkat buyurulursa Mahkemenin salgın zamanlarındaki zorunlu aşılama hakkındaki belirlemesini üçüncü kişilerin korunması adına tıbbi müdahaleyi reddeden kişilerin haklarının sınırlanma standardı olarak örneklemektedir – ki AİHM bu konuda sadece salgın zamanlarındaki zorunlu aşılama örnek vermiş, başka bir örnek göstermemiştir. Dolayısıyla Mahkemenin bu ifadesi, bir *obiter dictum*²¹ niteliğindedir. Buna rağmen aslında Mahkeme salgınlar söz konusu olduğunda, inanç sebebiyle veya vücut bütünlüğünün korunması sebebiyle tıbbi müdahaleye karşı çıkılmasının, sınırlamanın (zorunlu aşırı) otomatikman ihlalle sonuçlanmayacağını ima etmektedir.

Nitekim bu *obiter dictumun* açtığı yolu AİHM hemen izlemeye başlamıştır. HIV pozitif olan bir yabancının ülkedeki ikamet izninin iptal edilmesi/uzatılması ve ülkeye girişinin yasaklanmasının özel yaşama ve aile hayatına saygı hakkı ile bu hakla bağlantılı olarak ayrımcılık yasağını ihlal ettiğinin ileri sürüldüğü başvuruda AİHM, seyahat yasaklamalarının yüksek bulaşıcılığa sahip kısa kuluçka süreli hastalıklara karşı kamu sağlığının korunmasında işlevsel olduğunu vurgulamıştır. Yine bir *obiter* niteliğindeki bu vurguyu yaparken AİHM, kolera ve sarıhumma gibi klasik hastalıklar yanında “çok güncel örnekler” diyerek SARS ve kuş gribi (H5N1) hastalıklarını da örnek kabilinden açıkça zikretme ihtiyacı hissetmiştir. Zikredilen bu hastalıklar temasla veya havadaki partiküllerle bulaşabildiğinden bu hastalıkları taşıyan kişilerin ülkeye girmesinin engellenmesi veya çeşitli tedbirlerle kayıtlı olması söz konusu hastalıkların yayılmasını engellemeye elverişli tedbir olarak gözükmektedir.²²

²⁰ *Jehova's Witnesses of Moscow and Others v. Russia*, App. No. 302/02, Judgment of 10 June 2010, para.136.

²¹ *Obiter dictum*: Bir kararda olması gerekmeyen, o cümle çıkarılırsa kararın hiçbir şey kaybetmeyeceği ek cümleler ve argümanlar.

²² *Kiyutin v. Russia*, App. No. 2700/10, Judgment of 15 September 2011, para. 68. Mahkeme bireylerin seyahat özgürlüğünü sınırlamak ile HIV pozitif olması arasında bir ilişki kurulamaması sebebiyle (çünkü HIV havayla bulaşan bir hastalık değildir) sınırlamanın ayrımcı nitelikte olduğuna hükmetmiştir (paras.68-74).

Mahkeme bu *obiterde* grip, SARS gibi özellikle hava yoluyla ya da parçacık yoluyla bulaşan hastalıklar bakımından seyahat özgürlüğünün sınırlandırılabilirliğini belirterek adeta devletlere yol göstermektedir. İçinde bulunduğumuz pandeminin müsebbibi COVID-19 da SARS türevi bir virüs olduğu için *Kiyutin* kararı, Mahkemenin gerek COVID-19 virüsü taşıyanlar üzerinde uygulanacak farklı tür ve derecelerdeki kısıtlamaların gerekse de COVID-19 aşılarının zorunlu tutulmasının çeşitli haklar özelinde doğuracağı sorunlara nasıl yaklaşacağı konusunda fikir vermektedir.²³ Vurgulamak gerekir ki, AİHM, *obiterinde* yer verdiği hastalıkların gerek nitelikleri gerekse öldürme oranları gerekse yaygınlıkları gibi spesifik özelliklerine hiç yer vermemiştir. AİHM karar tarihindeki güncel haberlerden etkilenmiş görünmektedir. O kadar ki, *obiterinde* kuş gribini dahi zikretmekle, böylesine yaygın ve az ölümcül bir hastalık için dahi aşırı sınırlamaların önünü açmıştır.

Müdahalenin Niteliği ve Zorunlu Aşı-Zorla Aşılama Ayrımı

Görüldüğü üzere, epidemi/pandemi söz konusu olduğunda AİHM, Sözleşmeye hakim olan kişi özerkliği, irade serbestisi, özgür seçim gibi temel prensipleri ikinci plana atmakta, meşru sınırlama amacını kuvvetli görüp devletlere otomatikman geniş takdir marjı tanımakta, ölçülülük testini layıkıyla uygulamakta ve özellikle de orantılılık (adil denge) tartımını hakkıyla yapmamaktadır.

İkinci olarak Mahkeme, sadece epidemi/pandemiler özelinde değil, genel olarak aşılama kampanyaları hakkında da Avrupa konsensüsü anahtarından hareketle devletlere geniş bir takdir marjı tanımaktadır. AİHM'e göre çocukluk dönemi aşılarının bulaşıcı hastalıklarla mücadelede en başarılı ve fayda-maliyet açısından en verimli tıbbi müdahale olduğu hakkında Sözleşmeciler Devletler arasında bir konsensüs bulunmaktadır. AİHM burada, sağlıkla ilgili tüm meselelerde olduğu gibi, uluslararası raporlar üzerinden tıp biliminin o andaki durumuna bakmış ve konuya ilişkin ayrıntılı bir karşılaştırmalı hukuk incelemesi yapmıştır. Takdir marjının boyutu belirlenirken ve somut olaya uygulanırken AİHM'in tıp biliminin verilerine hürmet ettiği görülmektedir. Eğer tıp bilimi "aşılar sağlıklıdır, iyidir" diyor ve aksi açıkça gösterilmiyorsa Mahkeme ilk adım olarak bunu kabul etmektedir.²⁴

Ancak yukarıdaki paragraftaki husus, bir temel hakka (genelde özel yaşam saygı hakkı üzerinden vücut dokunulmazlığı) müdahale etmekte kullanılan aracın seçiminde devletlerin sahip olduğu takdir marjı hakkında; yani, aşının

²³ Aynı noktayı vurgulayan bir çalışma olarak bkz. İpek Sevdâ Söğüt – Olgun Akbulut, "Covid Aşısı ve Hukuk", **Tıp Hukuku Dergisi**, Sayı:19, Yıl: 2021, sf:33-118, 77.

²⁴ *Vavřička and Others v. Czech Republic*, App. Nos. 47621/13 and 5 others, Grand Chamber Judgment of 8 April 2021, para.277.

faidaları hakkındadır. Bu aşının nasıl tatbik edileceği ve çatışan çıkarların en iyi şekilde nasıl korunacağı hakkında Taraf Devletler arasında bir konsensüs bulunmamaktadır; bu konuda cari olan ve birbirlerinden az ya da çok farklı yönler içeren çeşitli modeller (tamamen tavsiyeye dayanan model, zorla aşı uygulanan model ve aşılanmayı hukuki yükümlülük haline getiren model gibi) bulunmaktadır.

Kısacası aşılanmanın zorunlu olması konusundaki konsensüs muallaktır. Dolayısıyla devletlerin takdir marjının geniş olması gerekmektedir. Zira mesele aynı zamanda bir toplumsal dayanışma, başta belirli hastalıklara karşı veya genel olarak kırılgan olanların (yenidoğanlar, yaşlılar, bağışıklık zayıflığı veya bir tıbbi hassasiyet sebebiyle aşı olamayanlar gibi) başta olmak üzere toplumun bütün üyelerinin sağlığının korunması meselesidir. Toplumun görece bağışıklığı kuvvetli kesimleri bu dayanışmaya aşılanma vasıtasıyla katılarak riskleri minimuma indirme yükümlülüğü altındadır. Toplumsal bağışıklık (sürü bağışıklığı) kazanıldığında sadece aşı olan kişinin değil, toplumdaki kırılgan kişilerin (yenidoğanlar, yaşlılar, bağışıklık zayıflığı veya bir tıbbi hassasiyet sebebiyle aşı olamayanlar) sağlığı da korunmuş olur.²⁵ Ulusal düzlemde takdir marjının geniş olmasının bir sonucu olarak bir devletin aşı konusundaki tercihi bakımından ihlal vermek zorlaşmaktadır.²⁶

Bu bağlamda zorunlu aşı ile zorla aşılama arasında zımni bir ayırım yapıldığına dikkat çekilmelidir. Şöyle ki, yukarıda incelenen *Solomakhin* kararında AIHM'in orantılılık tartımını yaparken, uyuşmazlığa ilişkin ulusal mahkeme kararlarına dolaylı atıfla, başvurucunun direnmediğini (başvurucunun daha önce itiraz edebilmişken kendisinin ne şekilde aşıya zorlandığını ve itiraz edemediğini açıklayamadığını) kabul etmesi, dengeleme sürecinde müdahalenin veya yaptırımın niteliği ve etkisi ölçütünü işlevsiz kılabilme riskini taşımaktadır. Gerçekten de AIHM'in esasa ilişkin argümantasyonunda değil ama uyuşmazlığa ilişkin ulusal yargı kararlarını özetlediği paragrafta başvurucunun "fiziksel olarak aşıya zorlanmadığını" aktarması karşısında, bir aşı uygulamasından yakınabilmek için direnilmesi gerektiği ve gerekirse kişinin "yatırılıp aşılanmasının" arandığı sonucu çıkmaktadır.²⁷ Bu çıkarım ise hukuki sonuçları farklı olacağından "zorunlu aşılama" ile "zorla aşılama" arasında kavramsal bir ayırım doğurduğu gibi "direnme" veya "itiraz"dan ne anlaşılması gerektiği hakkında çok sayıda spekülasyonu beraberinde getirmektedir.

²⁵ Aşıların bu fonksiyonu hakkında ayrıca bkz. Söğüt-Akbulut, **a.g.m.**, sf:35.

²⁶ *Vavříčka and Others v. Czech Republic*, App. Nos. 47621/13 and 5 others, Grand Chamber Judgment of 8 April 2021, paras.278-280.

²⁷ *Solomakhin v. Ukraine*, App. No. 24429/03, Judgment of 15 March 2012, paras.14, 37.

Üstelik, hatırlanacağı üzere yukarıda tıbbi müdahalelerin Sözleşmeye uygunluğunun değerlendirilmesi aşamasında çeşitli faktörlerin dikkate alındığından bahsedilmişti. Bu faktörlere aşılamayla ilgili olarak AİHM'in kararlarında bu faktörlere sistematize edilmeden belli belirsiz yer verildiğini gözlemlemek mümkündür. Bu faktörlerin en önemlisi, aşı zorunluluğuna aykırı hareket edildiğinde kişinin karşılaşacağı yaptırım veya hukuki sonuçtur. Bu yaptırımın niteliği, ağırlığı ve doğurduğu hukuki sonuçlar, ölçülülük testinin gereklilik ve orantılılık unsurları bakımından belirleyici olduğu gibi bireylerin hakları ile kamu sağlığının korunması arasında adil dengenin kurulup kurulmadığının tartımında önemli rol oynamaktadır. İşte zorunlu aşılama ile zorla aşılama arasındaki kavramsal ayırım ile direnme ve itiraz kavramlarının belirsizliği, ölçülülük incelemesinin kalitesini ve hassasiyetini sarsacaktır.

Ki bu noktada AİHM Büyük Dairenin çocukluk dönemi zorunlu aşılarına ilişkin 2021 tarihli *Vavříčka ve Diğerleri* kararını incelemek, konuyu biraz daha aydınlatacaktır. Başvurular 2013 ila 2015 yılları arasında yapılmasına rağmen COVID-19 Pandemisi evresinde hükme bağlandığı için karar, aşı zorunluluğuna ilişkin önemli standartları belirlemiştir. Büyük Daire, kimisini yukarıda ele aldığımız dağınık nitelikteki AİHM kararlarını büyük ölçüde toparlamış ve standardize edip sonrasında somut olaya uygulamıştır.²⁸ Uyuşmazlıkta başvurucular mevzuatla zorunlu kılınan aşıları yaptırmadıkları için çocuklarının anaokuluna alınmamasının ve çocuğuna zorunlu kılınmış aşıları yaptırmayan bir ebeveyne ise bir kereye mahsus olmak üzere düşük meblağlı bir idari para cezası kesilmesinin özel yaşama saygı hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür (paras.262) (AİHM de meseleyi aşı yükümlülüğü ile buna uyulmamasının sonuçlarından yakınıldığı şeklinde nitelemiştir, paras.258-260). Gelgelelim, tam da bu noktada AİHM, aşıların başvuruçuların iradeleri hilafına zorla tatbik edilmediğini ve ulusal mevzuatta da zorla tatbik yoluyla yükümlülüğe uyulmasının sağlanmasına ceza verilmediğini vurgulayarak müdahalenin entim bir hakka yönelik olmasının takdir marjını darlaştırma ihtimalini ortadan kaldırmıştır.²⁹ Yaptığı bu vurgudan AİHM'in "zorunlu aşılama" ile "zorla aşılama" arasında *Solomakhin*'dekine benzer zımni bir ayrımı sürdürdüğü ve zorla aşılamadan bahsedilebilmesi için fiziksel bir müdahale aradığı sonucunu çıkarmak mümkündür. Tabi bu ayrıma bağlanan sonuçlar bu kez *Solomakhin*'e göre daha nettir; Mahkeme bu ayrımıyla açıkça devletlerin takdir marjını genişletmiştir.

²⁸ *Vavříčka and Others v. Czech Republic*, App. Nos. 47621/13 and 5 others, Grand Chamber Judgment of 8 April 2021.

²⁹ *Vavříčka and Others v. Czech Republic*, App. Nos. 47621/13 and 5 others, Grand Chamber Judgment of 8 April 2021, paras.276, 293. Bu noktaya ayrıca dikkat çeken bir çalışma olarak bkz. Zeynep Günlü, *İnsan Hakları Açısından Aydınlatılmış Onam*, Seçkin Yayıncılık, 2021, sf: 172.

Bu ayırım temelinde geniş takdir marjına sahip devletin zorla aşılama yapmayıp yaptırım dahi sayılamayacak denli hafif müdahalelerle süreci yönetmesi müdahalenin ölçülü olduğu sonucuna götürür. Nitekim AİHM, çocuğuna zorunlu kılınmış aşıları yaptırmayan bir ebeveyne bir kereye mahsus olmak üzere uyuşmazlık tarihi itibarıyla yaklaşık 110 Euro'ya tekabül eden ufak bir idari para cezası kesilmesini orantılı görmüştür.³⁰ AİHM ayrıca, zorunlu aşılarını olmayan çocukların anaokuluna kabul edilmemesini orantılı bir müdahale olarak adederken, müdahalenin çocukların sağlıklarının korunması amacına yönelik genel aşı yükümlülüğüne uymamanın sonucu olarak cezalandırıcı olmaktan çok koruyucu olduğunun altını çizmiştir. Mahkeme devamla, anaokuluna devam edememenin çocukların kişiliklerini geliştirmeleri ve pedagojik ortamda toplumsal yetenekler edinmeleri imkanlarından yoksun kalmalarına neden olacak olmakla birlikte bu durumun ebeveynlerinin kanuni yükümlülüklerine uymama tercihinden kaynaklandığını saptamış ve devletlerin aşılama gibi düşük risk içeren ve genel dünya genelinde uygulana gelen bir koruma tedbirini kanuni olarak yükümlülük haline getirmesinin toplumsal dayanışma adına orantılı addedileceği sonucuna varmıştır.³¹

AİHM'in aşılar bakımından yaptığı "zorunlu aşı"-"zorla aşılama" ayırımı bizi insan hakları literatüründe henüz pek yer verilmeyen "dürtme/*nudge*" kavramına götürmektedir. Aslında gerçek ve teknik anlamda yaptırım veya yasaklama niteliğinde olmayan, hatta kimi hallerde bir hakka geleneksel anlamda müdahale niteliği dahi taşımayan ve davranış bilimlerinden elde edilen verilerle oluşturulan yumuşak kamu politikası araçları ile tasarrufları ifade etmek için kullanılan "dürtme" kavramının birey davranışlarının ampirik olarak gözlemlenerek yönlendirilmesine dayanan kamu politikası stratejilerini ifade etmede kullanılan kapsayıcı bir terim olduğu görülür.³²

Teorik tanımında dürtme, bireylerin tercih hakkını tamamen ortadan kaldırmadan bireyleri belirli tercihlerde bulundurmaya yönlendirir; dürtülen bireyler

³⁰ *Vavříčka and Others v. Czech Republic*, App. Nos. 47621/13 and 5 others, Grand Chamber Judgment of 8 April 2021, paras.293, 303-304, 309 (Başvurucu zikredilen meblağın kendisi için büyük bir meblağ olduğunu ileri sürmüştü de AİHM, bu iddiayı cezanın en alt sınırından verilmiş olması sebebiyle geçerli görmemiştir).

³¹ *Vavříčka and Others v. Czech Republic*, App. Nos. 47621/13 and 5 others, Grand Chamber Judgment of 8 April 2021, paras.293-294, 305-308, 309 (AİHM çocukların kişisel, sosyal ve entelektüel gelişme imkanlarından bütünüyle mahrum kalmadıklarını, sadece bulaşma riskinin yüksek olduğu anaokuluna devam etmelerinin engellediğini, başka eğitim imkanlarına sahip olduklarını vurgulayıp daha az sınırlayıcı önlemlerin olduğu bu sonucu değiştirmeyi gerektirmediğini belirtmiştir).

³² Kathrin Loer, "The Enzymatic Effect of Behavioural Sciences: What About Policy-makers' Expectations?" **Handbook of Behavioural Change and Public Policy**, Ed. Holger Straßheim, Silke Beck, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2019, sf:186. Dürtme kavramının tanımı ve hangi müdahalelerin "dürtme" olarak nitelendirileceği oldukça tartışmalı olup net ölçütlere kavuşturulamamıştır. Kavramın tanım ve kapsamına ilişkin tartışmalar için bkz. Pelle Guldberg Hansen, "The Definition of Nudge and Libertarian Paternalism: Does the Hand Fit the Glove?", **European Journal of Risk Regulation**, Vol. 7, Is. 1, 2016, sf: 155-174; Daniel M. Hausman-Brynn Welch, "Debate: To Nudge or Not to Nudge", **The Journal of Political Philosophy**, Vol. 18, No. 1, 2010, sf: 123-136.

yönlendirildiklerinden farklı yönde tercihte bulunabilirler.³³ Amacına göre, hedef aldığı bilişsel sisteme ve görünür olup olmamasına göre çeşitli açılardan sınıflandırılacak dürtmelerin aşı zorunluluğu bağlamında paternalist yönü ön plana çıkmaktadır. Dürtmeler ayrıca teşvik edici ve zorlayıcı müdahaleler olarak da sınıflanabilir.

Şöyle ki; siyasa yapıcılar/kanun koyucular, bireyleri belirli bir seçeneğe teşvik etmek için o seçeneği çekici hale getirir, daha kolay ulaşılabilir kılar ve seçeneğin önündeki engelleri kaldırır. Yahut bireylerin tercih etmesini istemediği seçeneğin önüne engeller koyarak onu seçmeyi zorlaştırır. Her iki durumda da bireyler belirli davranış biçimlerine yönlendirilmiş olmaktadır. Teşvik edici müdahalelere; aşı olmanın faydalarına ilişkin bilgilendirme kampanyaları ve kamu spotları hazırlanması, kamusal alanlarda aşılama merkezlerinin sayısının artırılarak aşıya ulaşımın kolaylaştırılması³⁴ yahut aşı olan bireyler arasında çekiliş düzenlenerek hediye verilmesi³⁵ gibi uygulamalar örnek gösterilebilir.³⁶ Zorlayıcı müdahalelere ise aşı olmayanların uçağa alınmaması örneği verilebilir. Aşı olmak istemeyen kişi bir yere gitmek için uçak kullanmayı tercih ettiğinden veya tercih etmek istediğinde aşı olmaya zorlanmaktadır. Bu senaryoda aşısızların uçağa alınmamasının bir yaptırım olduğu söylenemeyeceği gibi kişinin seyahat özgürlüğü de ortadan kaldırılmamaktadır (kişi arabayla gideceği yere ulaşabilir gibi...). Diğer yandan uçağa binebilmek için kişinin gerçekte istemediği halde aşı olması durumunda sahipsiz bir rıza verdiğinden de bahsedilemez. İşte bu sürecin bir hakka müdahale teşkil edip etmediği tartışmalı olduğu gibi eğer teşkil ediyorsa o hakkı ihlal etmediği, bu yönlendirmenin ölçülü addedileceğini söylemek mümkündür. Zira “dürtme” niteliğinde bir müdahale klasik anlamda bir yaptırım, yasaklama ya da zorlama niteliğinde olmadığından, kişinin üzerindeki etkisi görece yumuşak olduğundan, daha hafif araç ile istenen sonuç elde edilmiş ve orantılılık koşulu karşılanmış olmaktadır. Aşıya doğru bu şekilde bir “dürtülme”, kamu sağlığının korunması karşısında katlanılabilecek bir bedel niteliğindedir. Dolayısıyla, zorla aşığı yapmakla bu yöntemlerle teşvik etmek ya da zorunda bırakmak farklı sonuçlar doğurabilmektedir.

AİHM’in yukarıda incelenen kararlarını “dürtme” gözlüğüyle okumak mümkündür ve bu gözlükle yapılacak bir okuma COVID-19 aşıları çerçevesindeki müdahalelerin akıbeti hakkında aydınlatıcı fikir vermektedir.

³³ Richard H. Thaler-Cass R. Sunstein, **Nudge: The Final Edition**, New York, Penguin Books, 2021, sf: 8.

³⁴ WHO Technical Advisory Group on Behavioural Insights and Sciences for Health, Meeting Report, “*Behavioural Considerations For Acceptance And Uptake of COVID-19 Vaccines*”, 15 Ekim 2020, <https://www.who.int/publications/i/item/9789240016927>, p. 3 vd.

³⁵ Tom Calver, “*Nudge, Nudge: The Secret Behind Our Covid Vaccine Success*”, 20 Haziran 2021, <https://www.thetimes.co.uk/article/nudge-nudge-the-secret-behind-our-covid-vaccine-success-bwm2b00zg>,

³⁶ Bu hususlara dikkatimi çeken Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araş. Gör. Hüdanur Ayyut’a teşekkür ederim.

Zorunlu Aşı Uygulamasını Ölçülü Kılan Usuli Güvenceler ile Malpraktis veya Kontraendikasyonlar

Yukarıda tıbbi müdahalelerin Sözleşmeye uygunluğu rejimini düzenleyen ilkelerden bahsedildiği kısımda, bir müdahalenin ölçülü olup olmadığının belirlenmesinde usuli güvencelerin (hukuki yollara erişme, etkili şekilde itiraz edebilme ve dinlenilme hakkı ile ilgili ve yeterli gerekçe içeren bir yanıt alma hakkı olarak özetlenebilir) belirleyici rol oynadığı söylenmişti. Aşılarından kaynaklanan uyuşmazlıklarda ulusal makamların ilgili ve yeterli nedenler gösterip göstermediği ve usuli güvencelerin varlığı ile etkili şekilde işleyip işlemediğinin AİHM tarafından incelenmektedir.

Burada dikkat edilmesi gereken husus, somut olayda zorunlu aşıların bir yan etkisinin değil, aşığı yaptırmamanın bir yaptırımının söz konusu olup olmadığıdır: yukarıda ele alınan çocuğun okula alınmaması ve veliye hafif para cezalarının verilmesi gibi. Bu yaptırımın niteliği de önemlidir; aşının zorla tatbik edilip edilmediği irdelenmelidir. Bu aşamadan sonra ise başvuru sahiplerinin usuli güvencelere sahip olup olmadığının incelendiği aşamaya geçilmektedir. Aşılar söz konusu olduğunda bu usuli güvenceler başta yargısal yolları içermekte olup başvuru sahiplerinin aşı yükümlülüğüne itirazlarını yetkili yargısal organlar önüne taşımayabilme imkanına sahip olmaları gerekmektedir.³⁷ Ayrıca aşı güvenliği hakkında ve aşıların sağlık üzerindeki ters etkilerine (adverse effects) yöneltilebilecek şüpheleri giderecek kurumsal mekanizmaları içeren bir ulusal hukuk rejiminin kurulması gerekliliğini de bu somut bağlamda hatırlatmak gerekmektedir. Nihayet, nadir de olsa aşıların yan/ters etkisi sebebiyle bireylerde ciddi ve kalıcı zararlar meydana gelmemesi için öncelikle aşının tatbiki öncesinde gerekli tedbirlerin (her bir birey özelinde kontraendikasyonların olasılığının incelenmesi, alerji testleri, kullanılan aşıların güvenliği, aşılanmanın sağlık personeli huzurunda yapılması, ciddi ve beklenmeyen yan etkilerin ivedilikle rapor edilmesi gibi) alınması³⁸ usu-

³⁷ Çok güncel bir vakada başvuru sahipleri aşı zorunluluğu politikalarını belirleyen kurumların ilaç şirketlerinden mali destek almaları sebebiyle çıkar çatışması içerisine girdiği yönündeki bir iddia ileri sürmüşlerdir. AİHM bu iddianın temellendirilemediği kanaatine varmıştır (*Vavřička and Others v. Czech Republic*, App. Nos. 47621/13 and 5 others, Grand Chamber Judgment of 8 April 2021, para.297).

³⁸ *Solomakhin v. Ukraine*, App. No. 24429/03, Judgment of 15 March 2012, para.29; *Vavřička and Others v. Czech Republic*, App. Nos. 47621/13 and 5 others, Grand Chamber Judgment of 8 April 2021, para.301; *Association X. v. The United Kingdom*, App. No. 7154/75, Admissibility Decision of 12 July 1978, para. 2 (The Law). AİHK'in burada zikredilen kararına usuli güvencelerin erken dönemden bu yana önemi yansıttığı için biraz daha ayrıntılı değinilebilir. Meseleyi ölümler bağlamında yaşam hakkı açısından ele alan Avrupa İnsan Hakları Komisyonuna göre, zorunlu aşı uygulamalarıyla kişilerin (çocuklar dahil) yaşam hakkını ihlal etmeye matuf bir harekette bulunmadıkları (negatif yükümlülük) gibi ters etkileri (adverse reactions) engellemek için etkili bir koruma sistemi kurma, bu sistemi ve aşı uygulamalarını denetleme ve inceleme görevlerini (pozitif yükümlülük) yerine getirdikleri takdirde aşılarından dolayı meydana gelen düşük orandaki ölüm vakaları yaşam hakkını ihlal etmemektedir. AİHK'in aleyhine başvuru yapılan devletin zorunlu aşı uygulamasına ilişkin programını, mevcut güvenceleri ayrıntılı şekilde incelediğini ve milyonlarca aşı uygulamasına oranla ölüme götüren ters etkilerin oldukça düşük oranda kaldığı verisini dikkate aldığını vurgulamak gerekir.

li güvenceler bağlamında aranan standartlardandır.³⁹ İşte bu ve benzeri somut güvenceler sağlanmışsa, yeterli ve ilgili gerekçe verilmişse ve özellikle bilimsel kriterlere uygun olarak aşılardan güvenliği takip ediliyorsa (ki aşı biliminde buna “faz 4” denilmektedir (faz 3 bittikten sonra da uzun yıllar daha takip edilme yükümlülüğü mevcuttur)⁴⁰ AİHM usulî güvenceleri sağlanmış saymaktadır.

Son usulî güvence ise aşından ötürü bir yan etkinin meydana gelmesi veya sağlığın zarar görmesi durumunda buna karşı tatminkar bir tazminat elde etme imkanının mevcut olması⁴¹ veya başka tür bir giderimin (cezai, tazminat hukuk yolu ya da disiplin yolu olabilir) varlığıdır. Bu yolların öngörülmüş ve etkili şekilde işlediği hallerde AİHM’in zorunlu aşı konusunda tatmin olacağı söylenebilir. Eğer etkili tazminat, cezai veya idari yollar mevcut değilse veya işlemiyorsa, aşından kaynaklanan kontraendikasyonlar veya aşı uygulanması sırasındaki zarar doğurucu malpraktis sebebiyle müdahalenin ihlalle sonuçlanması mümkündür.⁴² Konuya ilişkin AİHM önünde çeşitli başvurular görülmüştür.

Örneğin doktor tavsiyesi üzerine yapılan zorunlu nitelikte olmayan çocuk felci aşısının yan etkisinden ötürü zarar gören bir mağdurun Türkiye’ye karşı yaptığı başvuru burada hatırlatılabilir. Henüz üç aylıkken difteri, tetanos, boğmacaya karşı aşılardan ve oral çocuk felci aşısı yapılan başvurusunun bunlardan çocuk felci aşısı yüzünden çeşitli arazlara maruz kalmasının tazminat talebinin reddedilmesinden yakındıkları *Baytüre* başvurusunda AİHM, Çukurova Üniversitesi Tıp Fakültesinden alınan bilirkişi raporuna göre yan etkinin (kalıcı hastalığın) aşından kaynaklandığı ama bunun sadece bağışıklık sistemi sorunlu kişilerde görülen iki buçuk milyarda bir gerçekleşecek bir olasılık olduğu ve tıbbi olarak engellenmenin mümkün olmadığı saptandığı için ortada tazmin edilecek bir problem olmadığına hükmetmiştir. AİHM’e göre tek amacı bulaşıcı hastalıkların ortadan kaldırılması yoluyla toplumun sağlığının korunması olan gönüllü aşılarından dolayı nadiren meydana gelen ciddi yan etkiler/zararlar devlete atfedilemez. Aşının uygun olmayan koşullarda tatbik edildiği yönünde veya aşının taşıdığı riskten kaçınmayı sağlayacak gerekli tedbirlerin alınmadığının gösteren bilgi ve belgeler de bulunmadığı için başvurusunun başına gelen elim hadiseyi bu durumu 2 buçuk milyarda bir görülecek kötü bir talih olarak nitelendirmiş ve başvuruyu konu bakımından özel hayata saygı hakkının kapsamı dışında görmüştür. AİHM’e göre, aşının zorunlu olmadığı ve tıbbi bir hatadan bahsedil-

³⁹ Türk hukukunda aşının uygulanmasından doğan sorumluluk rejimi hakkında ayrıntılı bilgiler için bkz. Söğüt-Akbulut, *a.g.m.*, sf:102-105.

⁴⁰ Söğüt –Akbulut, *a.g.m.*, sf:39.

⁴¹ *Seyit Baytüre and others v. Turkey*, App No. 3270/09, Admissibility Decision of 12 March 2013; *Vavřička and Others v. Czech Republic*, App. Nos. 47621/13 and 5 others, Grand Chamber Judgment of 8 April 2021, para.302.

⁴² Türk hukukunda aşının yan etkilerinden dolayı sorumluluk rejimi hakkında ayrıntılı bilgiler için bkz. Söğüt-Akbulut, *a.g.m.*, sf:89-101.

meyen hallerde söz konusu aşılardan ötürü zarar görenler için tazminat rejimi kurulması temelde bir sosyal güvenlik ödemesi niteliğinde olduğundan Sözleşmenin kapsamı dışında kalmaktadır.⁴³

Tıbbi malpraktisler ve kontraendikasyonlar bakımından karşılaşılan en büyük sorun; tıbbi anlamda nedensellik bağının ortaya konulmasının güçlüğüdür. Başvurucuların/şikayetçilerin haklılıklarını kanıtlayan veya en azından zarar ile yakınılan tıbbi müdahale arasında anlamlı bir ilişki bulunduğunu gösteren uzman raporları edinmeleri gerekmektedir. *Baytüre* vakasına konu olayda uğranılan zararın gerçekten çocuk felci açısından kaynaklandığı biyoloji laboratuvarı tarafından tespit edildiğinden hastalıkların/zararın aşidan kaynaklandığı net olarak belirlenebilmiştir.

Aşılardan kaynaklanan bir başka kontraendikasyon uyumsuzluğu da ünlü Sanofi Pasteur şirketiyle alakalıdır. Başvuruya konu olayda bir hemşirelik öğren-cisine mevzuat uyarınca zorunlu olarak Hepatit B aşısı yapılmıştır. Sanofi'nin ürettiği aşının dozlar halinde yapılması neticesinde, bu kişinin önce MS olması, sonra Crohn hastalığına ve polimiyozite maruz kalması söz konusudur. Aşı mağduru, tıp mensubu olduğu için devlet tarafından aşı vurulmaya zorlandığı gerekçesiyle idare mahkemesinde devlete karşı dava açıp dava sonucunda zararları için yaklaşık 656 bin Euro tazminat ile yıllık ödeme olarak yaklaşık 10 bin Euro'ya hak kazanmıştır. Aşı mağduru ayrıca, Sanofi şirketine karşı adli yargıda ayrı bir tazminat davası açmış ve bu davayı da kazanmıştır. Ancak burada bir zaman aşımı tartışması gündeme gelmiştir. Özellikle tıp alanında semptomların, hastalıkların, yan etkilerin vb. geç ortaya çıkabilmesi sebebiyle zamanaşımı meseleleri çok gündeme gelmektedir. Somut olayda da aynı tartışma yapılmış ama nihayetinde şirket haksız bulunmuştur. Şirket netice itibarıyla zaman aşımının öngörülemez şekilde uygulanmasından ötürü adil yargılanma hakkının ihlali iddiasıyla AİHM'e başvurmuştur.⁴⁴

Burada dikkat edilmesi gereken husus, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önündeki başvurucunun aşısı olup da hasta olan kişi değil, tazminat ödemek zorunda kalan Sanofi şirketi olduğudur. Dolayısıyla, aşılarından kaynaklanan yan etkiler veya aşı uygulamaları süreçlerindeki malpraktislerde veya kontraendikasyonlarda hukuki sorumluluk kısımlarının da insan hakları hukukunun konusu olabileceği, işin bir de bu boyutunun olduğu unutulmamalıdır. Bu durum özel-

⁴³ *Seyit Baytüre and others v. Turkey*, App No. 3270/09, Admissibility Decision of 12 March 2013 (AİHM'in sonuç cümlesi aslında AİHK'in *Godfrey* kararından alıntıdır ancak AİHM anılan karara herhangi bir atıf yapmamıştır (Bkz. *Fay Godfrey v. The United Kingdom*, App. No. 8542/79, Admissibility Decision of 4 February 1982, para. 5-8 (The Law)).

⁴⁴ *Sanofi Pasteur v. France*, App. No. 25137/16, Judgment of 13 June 2020. AİHM yaptığı ayrıntılı değerlendirme neticesinde zamanaşımı sorunu bakımından adil yargılanma hakkının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. Diğer yandan AİHM, başvuru Şirketin talebine rağmen ulusal yargı makamları meseleyi ön karar usulüyle Avrupa Birliği Adalet Divanı önüne taşımadığı için adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

likle COVID-19 aşıları bakımından güncel tartışma konularından bir tanesi olan mRNA aşıları için imzalanan sorumsuzluk kayıtları ve bu kayıtların geçerli olup olmadığı tartışması bakımından önemlidir.

AİHM'in Aşılar Hakkındaki İçtihadı Işığında COVID-19 Aşısının Zorunlu Tutulması Olasılığına İlişkin Öngörüler

Devletler bulaşıcı hastalıklara karşı koruma yükümlülüğü altındadır. Devletlerin kamu sağlığını ilgilendiren epidemi veya pandemi gibi tehlikeleri durdurma yükümlülüğü, yargı yetkisi altındaki herkesi koruma yükümlülüğü vardır. Bu yükümlülük sosyal bir hak olan sağlık hakkından kaynaklandığı gibi devletlerin yaşam hakkı ile özel yaşama saygı hakkı kapsamındaki pozitif yükümlülüklerinden dahi türetilir.⁴⁵ Aşı yaptırmaya yükümlülüğü sağlığa yönelik ciddi risk içeren hastalıklara karşı koruma sağlama amacı gütmektedir. Bu yönüyle bu amaç, aşılanan bireylerin yanında aşılanmayan ve kırılgan durumda bulunan bireylerin ve gelen olarak toplumun büyük kesiminin bulaşıcı hastalıklara karşı korunmasını sağlamakta olup sağlığın korunması ve başkalarının haklarının korunması meşru amaçlarına tekabül etmektedir.⁴⁶ Bu görevden hareket edildiğinde ve yukarıda yapılan değerlendirmeler dikkate alındığında COVID-19 aşılarının zorunlu kılınmasının, kategorik olarak, herhangi bir hakkı ihlal etmeyeceği söylenebilir. Ancak bu aşı rejimi şimdiye kadar anlatılan çerçeveye uygun olmalıdır; örneğin aşı “zorla” yapılmamalı, kişi aşı olmaya dolaylı tedbirlerle “zorlanmalı” ve aşı olmadığında ağır nitelikte olmayan hukuki sonuç veya yaptırımlarla karşılaşmalıdır. Bu standartlara dikkat edildiğinde, tekil olarak yanlış uygulama, aşı odası dışında yapılma gibi farklı farklı klasik malpraktis meseleleri veya kontraendikasyonlar dışında aşıyla ilgili kararlarda, 8. maddede düzenlenen vücut bütünlüğü anlamında, ölçülülük testinin ihlal edildiği sonucuna varılması muhtemel görünmektedir. Belirtilmelidir ki bu değerlendirme, mevcut içtihadı birikimden yapılan bir çıkarım, öngörüdür.

Öte yandan bu öngörünün doğru çıkması halinde, Mahkemece verilecek kararın isabetli olmayacağı düşünülebilir. Bunun sebebi COVID-19 konusundaki tartışmanın genellikle yanlış eksenden yürüyor olmasıdır. Daha önce verilen ve AİHM içtihadına konu olan örnekler yeknesaklaşmış, uzun yıllardır deney-

⁴⁵ *Vavříčka and Others v. Czech Republic*, App. Nos. 47621/13 and 5 others, Grand Chamber Judgment of 8 April 2021, paras.282-284 (Bu vaka özellikle çocukluk dönemi aşılarıyla ilgili olduğundan AİHM Çocuk Hakları Sözleşmesi ile bu Sözleşmenin denetim organı olan Çocuk Hakları Komitesinin standartlarına da atıf yapmaktadır). Hatta devletlerin çocukları aşılamaya yükümlülüğü olduğu dahi tartışılabilir (bkz. *Korneykova and Korneykov v. Ukraine*, App. No.56660/12, Judgment of 24 March 2016. Çocukluk aşılarının mevzuat uyarınca zorunlu olmasına rağmen başvurulara yapılmadığından yakınılan bu başvuruda uygun pediatrik bakımı sağlanmadığından Madde 3'ün ihlal edildiği sonucuna varıldığından aşılamaya yükümlülüğü meselesi ayrıca incelenmemiştir).

⁴⁶ *Vavříčka and Others v. Czech Republic*, App. Nos. 47621/13 and 5 others, Grand Chamber Judgment of 8 April 2021, para.272.

leri, izlemesi yapılmış, güvenliği sağlanmış ve kızamık, suçiçeği, çocuk felci gibi virüslere karşı uygulanan çocukluk dönemi aşılara yöneliktir.⁴⁷ Fakat burada bahsettiğimiz COVID-19 virüsü bu sayılanlara benzeyen türde bir virüs olmadığı gibi bu virüse karşı üretilen aşılar da uzun yıllardır kullanılan yerleşmiş rutinleşmiş tıp biliminin iyi bilinen nitelikte değildir. Bütün bu virüslerin ve bunlara karşı geliştirilen aşılardan aynı nitelikte olduğu varsayımıyla hukuki çıkarımlarda bulunulması isabetli bir muhakeme sayılamaz ve AİHM'in yukarıda özetlenen kararları Covid bakımından emsal niteliği taşımaz.

Ki AİHM'in çok nadiren genel geçer belirlemeler yapıp bir konuya ilişkin standartlar koyduğu bilinmektedir; insan hakları hukukunda her durum biricik olup bir karar kural olarak somut uyumsuzluk özelinde anlamı doğurur. Bu perspektifle meseleye yaklaşıldığında COVID-19 virüsü bakımından AİHM'in açığa çıkartılmaya çalışılan standartlarının bire bir geçerli olamayacağı anlaşılmaktadır. Şöyle ki, korona hastalığının bulaştırılması hususunda en yetkili ağızların önce COVID-19 aşısı olanların hastalığı bulaştırmadığını iddia etmesine rağmen daha sonra aşıların da aşısızlarla aynı şekilde hastalığı bulaştırabileceği kabul edilmiştir. O halde, aşısız olanlarla aşı olanlar arasındaki ayrımın temelini yıkıldığı söylenebilir.⁴⁸ Bu ayrım yapılan müdahalelerin meşru amacı olarak gösterilirken bu iddianın çürütülmesi sonucu elverişlilik koşulunun artık sağlamadığı ortaya çıkmaktadır. Zira bir sınırlamanın ("zorla" aşılama değil ama "zorunlu aşı" müdahalesinin) elverişli olduğunun söylenebilmesi için virüsün türü ve etkisinin ne derece belirleyici olduğu hatırlanacaktır.

COVID-19 virüsünün tıpkı grip/enflüanza virüsü gibi sürekli evrimleştiği ve mutasyona uğradığı bilinmektedir. Nasıl ki grip virüsünün domuz gribi, kuş gribi gibi mutasyonları oluyorsa COVID-19 virüsünde Delta varyantı gibi etkili mutasyonların çıktığı bilinmektedir. Bugüne kadar geliştirilen COVID-19 aşılarının başta Delta olmak üzere yeni varyantlara karşı ne derece etkili olduğu tartışmalıdır. Aslında aşının zorunlu kılınması yönündeki argümanlar, Delta varyantıyla birlikte çürümektedir. Aşı taraftarlarının ise bu durumu toplumsal bağışıklık açısından baktığının altı çizilmeli ve meşru amaç olarak toplumsal bağışıklığın güdüldüğü bilinmektedir.⁴⁹ Delta virüsünün ortaya çıkıyor olması ve aşının ona karşı etkisiz olması ya da az etkili olması, aşıların COVID-19 pan-

⁴⁷ AİHM bunu bazı kararlarında açıkça daha başta "tıp biliminin iyi bilinen" diye niteleyerek vurgulamaktadır (bkz. *Vavříčka and Others v. Czech Republic*, App. Nos. 47621/13 and 5 others, Grand Chamber Judgment of 8 April 2021, para.158).

⁴⁸ Shaun Griffin, "COVID-19: Fully vaccinated people can carry as much delta virus as unvaccinated people, data indicate", 19 Ağustos 2021, https://www.bmj.com/content/374/bmj.n2074?utm_source=twitter&utm_medium=social&utm_term=hootsuite&utm_content=sme&utm_campaign=usage.

⁴⁹ Ki aşıların fonksiyonlarından birisi de sürü bağışıklığını sağlamak olduğunu AİHM de kabul etmektedir (bkz. *Vavříčka and Others v. Czech Republic*, App. Nos. 47621/13 and 5 others, Grand Chamber Judgment of 8 April 2021, paras.148, 151, 153, 198, 214-215, 223, 278, özellikle 288).

demisi bağlamında toplumsal bağışıklığı sağlamada başarılı olmayacağını ortaya koymaktadır.⁵⁰ Hatta bırakınız Delta gibi yeni mutasyonları, aşılardan bizatihi orijinal COVID-19 virüsünün bulaşmasını engellemediği ortaya çıkmıştır. Yani aşıları kişiler de tıpkı aşısız kişiler gibi virüsü yaymakta ve bulaştırmaktadır.⁵¹ Ayrıca, daha önce bu hastalığı geçirmiş bir kişinin (aşılı veya aşısız fark etmeksizin) tekrar enfekte olmasının mümkün olduğu dahi tıp çevrelerince kabul edildiğine göre aslında gerek hastalığın geçirilmesi gerekse de aşılama yoluyla toplumsal bağışıklığın kazanılması hayli güçtür. Nitekim İsrail ve İngiltere örnekleri de popülasyonun büyük çoğunluğunun aşılandığı ancak bulaşıcılığın aşılarla engellenmediğini ve toplumsal bağışıklığın sağlanamadığını göstermek adına iyi örneklerdir.⁵² Daha çarpıcı bir örnekler ise, neredeyse mukim herkesin aşılanmasına rağmen virüsün ülke içerisinde yayılımını engellenemediği Şeysseller ile Birleşik Arap Emirlikleri'dir.⁵³ COVID-19 virüsü, aşılar yüzünden yine evrimleşecektir.⁵⁴ Bu sebeptendir ki 4., 5., 6. aşı dozları gündeme gelmiştir. Aşıların her sene yenileneceğini öngörmek için enfeksiyon hastalıkları uzmanı veya virolog olmaya gerek yoktur. Hatırlanacağı üzere aşılanmanın zorunlu tutulmamasını haklı kılan en temel sebep, toplumsal dayanışma çerçevesinde kırılğan bireylerin korunması için toplumsal bağışıklığın kazanılması hedefiydi. Oysa yukarıdaki gerçekler karşısında COVID-19 virüsü bakımından toplumsal bağışıklığın bir mit olduğu söylenebilir.⁵⁵

Kaldı ki, COVID-19 aşıları oldukça hızlı şekilde hazırlanıp piyasaya sürüldüğü ve son aylara kadar sadece acil kullanım onayı alabildiği için yan etkilerinin ve kontraendikasyonlarının yeteri kadar araştırılmadığı göz önünde bu-

⁵⁰ Tabi bilindiği üzere şu anda birden fazla tür ve modelde aşı uygulanmaktadır. Her bir aşının her bir mutasyona etkisi farklı olabilir. Eğer böyle olursa, o aşı özelinde yapılacak değerlendirmenin değişme ihtimali bulunmaktadır. Daha kapsamlı bir makale hazırlandığında her bir aşı özelinde ayrıntılı değerlendirme yapılacaktır.

⁵¹ Nidhi Subbaraman, "How do vaccinated people spread Delta? What the science says", 12 Ağustos 2021, <https://www.nature.com/articles/d41586-021-02187-1>.

⁵² 26 Aralık 2021 itibarıyla İsrail'de COVID-19'a karşı aşılanan nüfusun toplam nüfusa oranı %70.1 iken İsrail'de görülen günlük yeni COVID-19 vaka sayısı her 1 milyon kişiye 148.58 kişidir. Benzer şekilde, 26 Aralık 2021 tarihi itibarıyla nüfusunun %75. 72'si aşılanan İngiltere'de günlük vaka sayısı 1 milyon kişiye 1113.97'dir. Hannah Ritchie, Edouard Mathieu, Lucas Rodés-Guirao, Cameron Appel, Charlie Giattino, Esteban Ortiz-Ospina, Joe Hasell, Bobbie Macdonald, Diana Beltekian and Max Roser, "Coronavirus Pandemic (COVID-19)" 27 Aralık 2021, <https://ourworldindata.org/coronavirus>.

⁵³ Seyşel Adalarında 17 Aralık 2021 itibarıyla aşılama oranı %83.23 olmasına rağmen 26 Aralık 2021 tarihinde günlük vaka sayısı oranı 1 milyonda 291.75 kişidir. Nüfusunun %90.68'i tamamen, %99'u tek doz aşısını yaptıran Birleşik Arap Emirliklerinde 25 Aralık 2021 tarihinde 1 milyonda 84.99 kişiye COVID-19 virüsü tespit edilmiştir. Hannah Ritchie, Edouard Mathieu, Lucas Rodés-Guirao, Cameron Appel, Charlie Giattino, Esteban Ortiz-Ospina, Joe Hasell, Bobbie Macdonald, Diana Beltekian and Max Roser, "Coronavirus Pandemic (COVID-19)" 27 Aralık 2021, <https://ourworldindata.org/coronavirus>.

⁵⁴ Ki bu metne son halinin verildiği günlerde, farklı bulaşma ve hasta etme özelliklerine sahip "omicron" varyantı türemiştir (<https://www.who.int/en/activities/tracking-SARS-CoV-2-variants/>).

⁵⁵ Bu noktada zorunlu aşının amaçlarından bir diğerinin sağlık sisteminin yükünü azaltmak olduğunun da elverişlilik tartışmasında göz önünde bulundurmak gerekmektedir. Her ne kadar bu faktör ana metinde dile getirilen eleştirileri tek başına karşılamamaktaysa da ölçülülük özelindeki bir muhakemede hesaba katılmalıdır. Bu tartışmayı çalışmanın uzun versiyonuna bırakıyoruz.

londurulmalıdır. Hatta yukarıda AİHM kararlarına konu olmuş vakalardan da anlaşılabilir üzere, aşılardan yan etkileri uzun yıllar sonra dahi çıkabilmektedir. COVID-19 aşılarda özelinde tıp alanındaki yakın tarihli bir çalışma yan etkilerin önemsiz olduğu veyahut da daha göz ardı edilebilir olduğu yönünde bulgular paylaşmaktadır. Bu çalışmaya göre, hastalığın aşı olunmazsa daha ağır, aşı olunursa daha hafif şekilde atlatılacağı öngörülmektedir.⁵⁶ Ancak bu çalışmada yaş grubu baz alınmayıp aşı olan ve aşı olmayan kişiler arasında karşılaştırma yapılması sebebiyle metodolojik olarak isabetli olmayan bir yöntem kullanıldığı hususunda şüpheler uyanmaktadır.

Üstelik COVID-19 aşılardan yan etkileri özellikle resmi olarak araştırılmakta ve kayıt altına alınmamaktadır. ABD’de VAERS Sistemi⁵⁷ne, İngiltere’de de Yellow Card Scheme⁵⁸e girilenler veriler, şahsen girilen verilerdir ki bu yönleriyle güvenilirlikleri tartışmalıdır. Buna rağmen bu sistemlerde yan etkilerin artabileceğini veya vaka sayısını görmek mümkündür.⁵⁹ Keza bu sistemlerin takip edilip edilmediği bilinmemektedir. Bu açıdan şeffaflığın önemi vurgulanmalıdır. AİHM zorunlu aşılarla ilişkin son kararında, aşıya karşı çıkanların süreçlere katılım ve itiraz imkanlarının tanınmasının önemini ve süreçlerin şeffaf şekilde yürütülerek kamusal tartışma ortamı sağlanmasının önemini vurgulamıştı.⁶⁰ Türkiye’de ise COVID-19 aşılardan yan etkilerine ilişkin hiçbir resmi akademik bilgi bulunmamaktadır; muhtemelen böyle bir bilgi toplanmamaktadır da... Kuktan duyma sözlere inanmak mümkün değildir. Aşı karşıtlarının ortaya attığı yan etkilere ilişkin komplo teorileri ciddiye alınamayacağına ve bireysel tecrübeler kural olarak bilimsel metotla elde edilen verileri içermediği için güvenilir sayılamayacağına göre, ciddiye alınacak dataların hazırlanması ve sunulması ihtiyacının karşılanması acil bir gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır.⁶¹

⁵⁶ Noam Barda and Others, “Safety of the BNT162b2 mRNA COVID-19 Vaccine in a Nationwide Setting”, 16 Eylül 2021, <https://www.nejm.org/doi/full/10.1056/NEJMoa2110475>.

⁵⁷ VAERS, ABD’de 1990 yılında Hastalık Kontrol ve Önleme Merkezleri (CDC) ile Gıda ve İlaç Dairesi’nin (FDA) iş birliğinde hayata geçirilmiş bir veri tabanı olup amacı, ABD’de kullanım lisansı alan aşıların yaratabileceği olası güvenlik sorunlarının takibi için ülke genelinde bir erken uyarı sistemi oluşturulmasıdır.

⁵⁸ İşlemleri MHRA (İlaç ve Sağlık Ürünleri Düzenleme Kurumu) tarafından yürütülen Sarı Kart, şüpheli yan etkiler veya ilaçlar ve tıbbi cihazlarla ilgili olumsuz olaylar gibi güvenlik endişeleri hakkında bilgi toplamak ve izlemek için kurulan Birleşik Krallık sistemidir.

⁵⁹ <https://www.gov.uk/government/publications/coronavirus-COVID-19-vaccine-adverse-reactions/coronavirus-vaccine-summary-of-yellow-card-reporting#conclusion-1> ; ayrıca bkz. Berkeley Lovelace, “cdc safety group says there’s a likely link between rare heart inflammation in young people after covid shot”, 23 Haziran 2021, <https://www.cnn.com/2021/06/23/cdc-reports-more-than-1200-cases-of-rare-heart-inflammation-after-covid-vaccine-shots.html>.

⁶⁰ *Vavřička and Others v. Czech Republic*, App. Nos. 47621/13 and 5 others, Grand Chamber Judgment of 8 April 2021, para. 298.

⁶¹ Zorunlu aşılar bakımından otonomi, kendi kaderini tayin hakkı ve kamu sağlığı arasındaki denge kurulabilmesi açısından doğru bilgiye erişim ve aydınlatılmış onamın rolüne ilişkin bkz. Zeynep Günlü, *İnsan Hakları Açısından Aydınlatılmış Onam*, Seçkin Yayıncılık, 2021, sf: 107-109.

Dahası olası yan etkiler bağlamında en azından Türkiye özelinde mRNA aşırı bakımından sorumsuzluk anlaşması yapıldığı bilinmektedir. Bu sorumsuzluk kayıtlarının geçerliliği tartışmalı olmakla birlikte, aşı olmak için sorumsuzluk kaydının imzalanmak zorunda bırakılmasının her halükarda etkili usuli güvence gerekliliğiyle bağdaşmadığını söylemek mümkündür.

Sonuç Yerine

Dikkat edilirse AİHM'in özellikle ölçülülükle ilgili vargısı, müdahalenin tür, nitelik ve derecesine göre değişkenlik göstermektedir. Bu nedenle her bir vaka-da spesifik bir değerlendirme yapıp somut olayın koşulları hassasiyetle dikkate alınmalıdır. Bu noktada kullanılan aşırı türü, aşırıya nasıl zorlandığı (yaptırımın veya müdahalenin niteliği), yan etkiler, daha az sınırlayıcı önlemlerle aynı amaca ulaşılabilip ulaşılamayacağı, usuli güvencelerin var olup olmadığı veya ne kadar etkili olduğu gibi bütün olası faktörler göz önünde bulundurularak bir karar verilmelidir.

Üstelik bu faktörler somut olayın koşullarına göre değişkenlik gösterebilecektir. Örneğin Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının yayımladığı genel yazı kapsamında işverenin, aşı olmayan işçilerden PCR testi yaptırmalarını isteyebileceği olmasına değinilebilir. Burada işçi, söz konusu şartlara uymazsa işten çıkarılmaktadır. Örneğin, söz konusu işyeri uzaktan çalışmaya uygun mu? İşyeri, uzaktan çalışmaya uygunsa acaba ölçülülüğün sağlanması için daha az sınırlayıcı önlem olan bu tedbirin alınması zorlanabilir mi? Önlem alınmazsa işçinin çıkarılması ihlale yol açar mı? Yahut müşteriyle muhatap olmayan veya diğer işçilerle muhatap olmayan kişiler bakımından acaba bu yaptırımlar aşırıya kaçabilir mi? Bütün bu hususların tek tek ayrıntılı olarak her bir somut vakada değerlendirilmesi gerekmektedir. Çünkü bu sorulara verilecek cevaplara göre AİHM önünde sonuç değişecektir.

Nitekim aralarında itfaiyecilerin de bulunduğu bir dizi meslek mensubuna en az bir doz COVID-19 aşısı zorunluluğu (ve negatif sonuç) getirilmesinin ve aşı sertifikası alınmadığı müddetçe mesleğini ifa etmesinin yasaklanmasının özel yaşama saygı hakkı ile mülkiyet hakkını ihlal ettiğinin ileri sürüldüğü bir başvuru, AİHM tarafından muhatap Devlet Fransa'ya komünike edilmiştir. Fransa'ya yöneltilen sorular, uyuşmazlığın ölçülülük ile ayrımcılık noktasında ele alınacağına işaret etmektedir.⁶² Yine sağlık çalışanların mesleklerini sürdürebilmeleri

⁶² *Thevenon v. France*, App. 46061/21, Communicated on 7 October 2021. Bu başvuruda AİHM, geçici tedbir talebini reddetmiştir. AİHM benzer 700 küsur başvuru daha olduğunu söylemektedir.

için aşı olmak zorunda bırakılmalarından ötürü Yunanistan'a karşı bir başvuru yapıldığı da bilinmektedir.⁶³

Daha önce söylenildiği gibi, AİHM'in zorunlu COVID-19 aşısı bakımından muhtemelen ihlal kararı vermeyeceğini öngörüyoruz. Ancak böyle bir karar, mevcut aşı koşulları karşısında yukarıdaki gerekçelerle isabetsiz olacaktır. Yine de hukuki bir değerlendirmede her halükarda kullanılacak standart ve faktörler bunlardır.

Prof. Dr. Nihat BULUT

Teşekkür ediyoruz. İyimser başladınız. Tabii, elverişlilikle ilgili yaptığınız eleştirinin ciddiye alınması gerekir, en son onu söyleyeyim. Ama AİHM'in bu konudaki yaklaşımının aşağı yukarı sergilenmesi bakımından 2. ve 3. maddeden değil de 8. maddeden meselenin ele alınması dikkat çekicidir. Diğer hususu sonradan tartışırız hocam, fazla uzatmak istemem. Şimdi konumuzun iş hayatına, çalışma hayatına etkileri nedir; Sayın Dekanımız, buyurun hocam.

⁶³ *Kakaletri and Others v. Greece*, App. No. 43375/21 (24 doktor tarafından yapılmıştır); *Theofanopoulou and Others v. Greece*, App. No. 43910/21 (altı sağlık çalışanı tarafından yapılmıştır). Bu başvurularda yapılan tedbir talebi AİHM tarafından 09/09/2021 tarihinde reddedilmiştir. Tebliğ metninin tamamlandığı tarih itibarıyla bu başvuruların Yunan Hükümetine komünike edildiğine dair bir bilgi bulunmamaktadır.

Kaynakça

I. Kitap ve Makaleler

Arslan Öncü, Gülay, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı**, Beta Yayıncılık, 2011.

Barda, Noam ve diğerleri, “*Safety of the BNT162b2 mRNA COVID-19 Vaccine in a Nationwide Setting*”, <https://www.nejm.org/doi/full/10.1056/NEJMoa21110475> (çevrimiçi), Erişim Tarihi: 16.09.2021.

Gemalmaz, Burak H, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı**, 2. Bs., Beta Yayıncılık, 2017.

Gemalmaz, Burak H, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ve Türk Hukukunda Çocuğun Bedensel Cezadan Korunması**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2005.

Griffin, Shaun, “*COVID-19: Fully vaccinated people can carry as much delta virus as unvaccinated people, data indicate*”, https://www.bmj.com/content/374/bmj.n2074?utm_source=twitter&utm_medium=social&utm_term=hootsuite&utm_content=sme&utm_campaign=usage (çevrimiçi), Erişim Tarihi: 19.08.2021.

Günler, Zeynep, **İnsan Hakları Açısından Aydınlatılmış Onam**, Seçkin Yayıncılık, 2021.

Hansen, Pelle Guldberg, “*The Definition of Nudge and Libertarian Paternalism: Does the Hand Fit the Glove?*”, **European Journal of Risk Regulation**, Vol. 7, No. 1, 2016, s. 155-174.

Hausman, Daniel M., Welch, Brynn, “*Debate: To Nudge or Not to Nudge*”, **The Journal of Political Philosophy**, Vol. 18, No. 1, 2010, s. 123–136.

Lovelace, Berkeley, “*CDC safety group says there’s a likely link between rare heart inflammation in young people after Covid shot*”, <https://www.cnn.com/2021/06/23/cd-c-reports-more-than-1200-cases-of-rare-heart-inflammation-after-covid-vaccine-shots.html> (çevrimiçi), Erişim Tarihi: 23.06.2021.

Ritchie, Hannah/Mathieu, Edouard/Rodés-Guirao, Lucas/Appel, Cameron/Giattino, Charlie/ Ortiz-Ospina, Esteban/Hasell, Joe/Macdonald, Bobbie/Beltekin, Diana and Roser, Max, “*Coronavirus Pandemic (COVID-19)*”, <https://ourworldindata.org/coronavirus> (çevrimiçi), Erişim Tarihi: 27.12.2021.

Söğüt, İpek Sevda/Akbulut, Olgun, “*Covid Aşısı ve Hukuk*”, **Tıp Hukuku Dergisi**, S. 19, 2021, s. 33-118.

Subbaraman, Nidhi, “*How do vaccinated people spread Delta? What the science says*”, <https://www.nature.com/articles/d41586-021-02187-1> (çevrimiçi), Erişim Tarihi: 12.08.2021.

Thaler, Richard H.- Sunstein, Cass R., **Nudge: The Final Edition**, New York, Penguin Books, 2021.

<https://www.gov.uk/government/publications/coronavirus-COVID-19-vaccine-adverse-reactions/coronavirus-vaccine-summary-of-yellow-card-reporting#conclusion-1> (çevrimiçi), Erişim Tarihi: 23.06.2021.

II. İçtihatlar

AYM Kararları

Muhammed Ali Bayram Başvurusu, No. 2014/4077, 29/6/2016.

Salih Gökalp Sezer Başvurusu, No. 2014/5629, 21/11/2017.

AİHK ve AİHM Kararları

Association X. v. The United Kingdom, App. No. 7154/75, Admissibility Decision of 12 July 1978.

Carlo Boffa and 13 Others v. San Marino, App. No.26536/95, Admissibility Decision of 15 January 1998.

Chassagnou and Others v. France, App. Nos. 25088/94 - 28331/95 - 28443/95, Judgment of 29 April 1999.

Fay Godfrey v. The United Kingdom, App. No. 8542/79, Admissibility Decision of 4 February 1982.

Handyside v. the United Kingdom, App. No.5493/72, Judgment of 7 December 1976.

Jehova's Witnesses of Moscow and Others v. Russia, App. No. 302/02, Judgment of 10 June 2010.

Kiyutin v. Russia, App. No. 2700/10, Judgment of 15 September 2011.

Korneykova and Korneykov v. Ukraine, App. No.56660/12, Judgment of 24 March 2016.

Salveti v. Italy, App. No. 42197/98, Admissibility Decision of 9 July 2002.

Seyit Baytüre and others v. Turkey, App No. 3270/09, Admissibility Decision of 12 March 2013.

Solomakhin v. Ukraine, App. No. 24429/03, Judgment of 15 March 2012.

Thevenon v. France, App. 46061/21, Communicated on 7 October 2021.

Vavříčka and Others v. Czech Republic, App. Nos. 47621/13 and 5 others, Grand Chamber Judgment of 8 April 2021.



İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ

Aşı Uygulaması ve Çalışma Hayatına Yansımaları

Ben tekrar herkese hoş geldiniz diyorum. Bu kadar ilgili bir topluluk, bu kadar genç bir topluluk önünde konuşmaktan da büyük şeref duyduğumu ifade etmek istiyorum. Sayın Gemalmaz bana, *“Ben çalıştaya Marmaris’ten çevrim içi olarak katılacağım.”* dedi. Ben de *“Çevrim içi olmaz, buraya geleceksin, buradan katılacaksın.”* dedim. (Sayın Gemalmaz’a hitaben) Demek ki dürtmüşüm seni, öyle anlaşılıyor ki buraya kadar geldin. Yoksa uçağa binme derdin olmasaydı hiç aşı olmayacaktın. Sonunda kendin söyledin; aşı karşıtlarını da örgütleyen herhalde sensin.

Aşı, şu ana kadar bilinen en etkili yöntem olarak ifade edilmektedir. Ben de cuma akşamı grip aşısı oldum, üç gündür gripten ölüyorum. Yani bu da bir yan etki yapacak bir şey yok. Şimdiye kadar olduklarımda olmamıştı.

Tabii ki, şimdi çok zor bir süreç geçiriyoruz. Bu sürecin, toplum üzerinde gerek ekonomik yönden gerekse psikolojik yönden çok önemli etkisi var. Okulları açmak durumunda kaldık, çünkü herkes artık patlama noktasına geldi. Bu dönem bize, geçmişte süslü şekilde sunulan bazı şeylerin aslında kısa vadeli olduğunu da gösterdi. Mesela uzaktan çalışma konusunda biz *“Uzaktan çalışma ne güzel olur, isteyen uzaktan çalışsın.”* gibi ifadeler kullanırdık. Ama bir buçuk seneden beri uzaktan çalışma yapılan yerlerde, normal hayata dönüşte herhalde sıkıntılar oluyor. Bu süreç bize, uzaktan çalışmanın çok verimli bir çalışma yöntemi olmadığını da gösterdi; bazı konularda ezberimiz bozuldu.

Şimdi aşıya ilişkin yasal bir düzenleme yok. Ama biz sadece bununla uğraşmıyoruz, bir de bunun Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (6698 sayılı Kanun/

KVKK) ayağı var. Hala bu alanda sorun var ama Kişisel Verileri Koruma Kurumu bunun üzerine pek gitmiyor, gitmek istemiyor diye tahmin ediyorum. Çünkü sağlık verilerinin işlenebilmesi için mutlaka işçinin açık yazılı rızasının alınması lazım ve bu durum, çalışma hayatının gerekleriyle her zaman uyuşmuyor. 6698 sayılı Kanun'un gerekçesinde, bu Kanun'un dayanağının 94/46 sayılı Avrupa Birliği (AB) Direktifi olduğu ifade edilmektedir. 94/46 sayılı AB Direktifi'ne bakıldığında, özel nitelikteki kişisel verilerin (sağlık verileri de dâhil), iş ilişkisinde veri sorumlusunun yükümlülüklerini yerine getirebilmesi için gerekli olması halinde rıza olmaksızın da işlenebileceği belirtilmiştir. Yani bir işveren, iş ilişkisinde iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini yerine getirebilmek amacıyla, bu verileri işliyorsa bunun için işçinin rızasını almasına gerek yoktur.

Bu arada muhtelif mecralarda sanırım, en hafif deyiimiyle, "bilmeyen" kişiler işverenleri, işçinin sağlık verilerini alıp depolama ve başka yerlerle paylaşma yönünde isteği olan kurumlar olarak gösteriyorlar. İşverenin başka işi gücü kalmadı da kendisine gerekli olmayan bir veriyi depolayacak, kayıt altına alacak ve saire. İşverenlerin çoğu böyle yerlerde değil, onu da ifade etmek isterim.

Tabii 6698 sayılı Kanun bu haliyle çözümsüzlük içeriyor. Ben sağlıkla ilgili hiçbir şeyi işçiye soramıyorum. O rıza göstermedikçe ne aşı bilgisini sorabiliyorum ne başka bir şey yapabiliyorum. Kanun koyucu 2021 tarihli İnsan Hakları Eylem Planı ve uygulama takviminde, 6698 sayılı Kanun'un bir yıl içerisinde gerekli birtakım değişikliklerinin yapılacağını ve AB standartlarına uygun hale getirileceğini söyledi. En geç Nisan 2022 tarihine kadar bu olursa eğer, ki ekim-kasım da olacağını zannediyorum, artık işverenlerin sağlık verisini işlemesine ilişkin bir sorunu kalmayacak diye düşünüyorum.

Bu konuyla ilgili birtakım sorular gündeme gelmektedir: Gönüllü aşı uygulaması, çalışma hayatına nasıl etki edecek? İşveren işçiye işe alacak mı, sözleşmeyi feshedebilir mi, edemez mi? Bu konularda herkes bir şey söylüyor. Ama önemli olan yargının bu konuda ne diyeceğidir. Bu konuda çok büyük uyuşmazlıklar doğacak. O bakımdan tabii ki, benim düşüncem de yasal bir kesinlik değil. (Sayın Turan'a hitaben) Siz sabah söylediniz yani biz salgına çok hazırlıksız yakalandık, bütün dünya çok hazırlıksız yakalandı. Buna ilişkin onlarca mevzuat çıkarmadıktan sonra bununla mücadele etmek hukuken mümkün değil; kira hukuku boyutu ayrı, deniz ticaret boyutu ayrı, sosyal sigorta boyutu ayrı.

Kişilerin aşı olmama hakkı vardır, ben bu aşı olmama hakkını özel hukukçu olarak şöyle anlıyorum; yasal bir temel olmadıkça kişiye aşı yapılamaz. Ama bu hakkın da durumu, hiçbir zaman başka biri bakımından tehlike yaratacak noktaya götürmemesi lazım. Bu konularda uzman olmadığımı için takdirlerinize arz

ediyorum. Yani böyle bir hak olacak, tıbben tehlikenin sadece kişinin kendisine yönelik olmadığı sabit olacak, diğer kişilere de bu tehlikenin sirayet edebileceği ortaya konulacak ve bu kişi elini kolunu sallaya sallaya okula, işyerine ve saire gelecek. Bu kadar sınırsız bir haktan mı bahsediyoruz? Ölçülülükten bahsediyoruz; ben ölçülülüğü öbür tarafından da anlamak istiyorum. (Konuşmacı kolunun üst kısmını göstererek) Yani burayı yarıyorlar mı? Ölçülülük anlamında, alacağın tedbirler ölçülü olsun...

Aşı olmayan kişilerin çevresi bakımından tehlike yarattığı tıbben ortaya konuluyor. Ben şimdi devletin Sağlık Bakanı'na güvenmeyeceğim de hukuken bunun tıp tartışmasını mı yapacağım? Tabii ki, bunu bir ön kabul olarak ele alacağım. Burada bana göre hatalı söylenen belli noktalar var. Meslek gruplarına göre ayırım yapılması, belli başlı meslek gruplarına zorunlu aşı getirilmesi yönünde fikirler dile getiriliyor. Bir hastaneyi göz önünde bulundurun; hastanede sadece doktor veya diğer sağlık personeli çalışmıyor, öyle bir ayırım yapamazsınız. Oranın çöpçüsü, müstahdemi, dışarıdan gelen şoförü, dışarıdan çalışmaya gelen taşeronu da var. Dolayısıyla böyle bir meslek ayırımının yapılabilmesinin imkân ve ihtimali yok. Ayrıca nokta atışı şeklinde, sadece hekimlere ilişkin aşı zorunluluğu getirilmesiyle de bu sorun çözülemez. Çünkü bir sağlık kuruluşunun içerisinde birçok kişi var.

Çalışma hayatı dinamiktir ve birtakım kuralların hangi hukuk kaynağıyla gelmesi gerektiği konusuyla ilgilenmez. Bu, hukukun konusudur. 20 Ağustos tarihinde, biliyorsunuz, İçişleri Bakanlığı İller İdaresi Genel Müdürlüğünün bir genelgesi çıktı. Bu genelge kapsamında, (Sayın Gemalmaz'a hitaben) işte seni de zorlayan durum, bazı faaliyetler için PCR testi zorunluluğu getirildi. Bu kural, iptal de edilmedi. Aslında siz burada boşuna konuşuyorsunuz, iş hukuku dinamik ve çok pratik bir daldır. Biz aslında zorunlu aşı uygulamasını getirdik. Hem de siz kanunla falan diyorsunuz, biz genel yazıyla getirdik. Birazdan söyleyeceğim, böyle pratik bir dalız. COVID-19 bakımından çalışma hayatına ilişkin bir tedbir almak zorunluluğu söz konusudur. Zorunlu aşıya ilişkin bir yasal düzenleme getirilemiyor, ben bunu kendi ülkemize bir eleştiri olarak söylemiyorum, diğer ülkeler de bunu getiremiyor; bir bildikleri vardır. Ama çalışma hayatının da bu kadar zor bir durumda bırakılması mümkün değil.

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı (Çalışma Bakanlığı) tarafından 3 Eylül 2021 tarihli bir genel yazı yayımlanmıştır.¹ Çalışma Bakanlığı, çalışma hayatını düzenleyici, işçi ve işveren ilişkilerinde çalışma barışının sağlanması için koruyucu tedbirler alma, iş sağlığı ve güvenliğini sağlayan tedbirlerin uygulaması-

¹ <https://www.csgeb.gov.tr/duyurular/is-yerlerinde-COVID-19-tedbirleri/>

nı izlemenin temel görevleri arasında olduğunu belirtti. Bu kapsamda, Çalışma Bakanlığı tarafından yayımlanan yazı ile bazı kurallar getirildi. Buna göre, ilk olarak, işyerinde karşılaşılabilecek olan (ki bu evvelden beri olan bir şey aslında) sağlık ve güvenlik risklerine karşı işçilerin bilgilendirilmesi gerektiği düzenlendi. İkinci olarak, aşısını tamamlamamış olan işçilerin ayrıca bilgilendirilmesi gerektiği belirtildi. Kurumsal yerler bunu zaten şimdiye kadar, bir yıl boyunca yapıyordu. Yani kötü durumda olan işyerlerini hariçte tutarsak, sui misal emsal olmaz; kurumsal yerlerde bunlar zaten vardı. Üçüncü olarak, aşı olmayan işçilere de COVID-19 tanısı eğer konulur ise, ben burayı anlamadım ama iş ve sosyal güvenlik mevzuatı açısından olası sonuçlar hakkında bilgi verilmesi gerektiği ifade edildi. Yani işçi aşı yaptırmamışsa, COVID-19'a yakalandıysa, bu adeta bir kusur olarak kabul ediliyor. Sosyal güvenlik mevzuatında; işçi eğer hekim tavsiyelerine uymazsa, ona sağlık yardımı yapılıyor ama parasal yardım dörtte bire kadar indiriliyor. Söz konusu üçüncü düzenleme ile bu durum mu kastedildi, yoksa belirtilen kurallara uymadığı durumda işçinin işten çıkarılma gibi durumlarla karşılaşacağı, ileride yargının bu gibi kararlar vereceği mi kastedildi? Yani işçinin karşılaşacağı olumsuz durumlarla ilgili de bilgilendirilmesi gerektiği ifade ediliyor.

Aslında zorunlu aşı, gerçekten geldi. 6 Eylül'den itibaren işçilerin, haftada bir kez PCR testi yaptırmaları işveren tarafından istenebilecek. Test sonuçları da gerekli işlemler yapılmak üzere işyerinde kayıt altında tutulacak. KVKK'ya göre, işçinin rızasıyla sağlık verileri işlenebiliyor. Ama söz konusu veriler, herhangi biri tarafından değil, mutlaka sır saklamakla görevli olan kişiler tarafından işlenebiliyor. Orada hemen işyeri hekimi diye söylüyoruz, en azından sağlık memurları olarak söylüyoruz. Burada onun üzerinde hiç durulmuyor. Yani PCR testi, sağlık verisi niteliğinde midir, değil midir? Kayıt, işyeri hekimi tarafından mı yapılacak, herhangi bir kişi tarafından da tutulabilir mi; bunun üstünde de durulmuyor. İşçinin sağlık verisinin alınmasına ilişkin yazılı rızası var mıdır, yok mudur; bunun üstünde de durulmuyor. Burada işçiye haftada bir test yapması gerektiği, yoksa işverenin işçiye işe almayacağı görülüyor. Haftada bir hiçbir işçinin gidip de PCR testi yaptırabilmesi imkânı yoktur. Bu, bildiğiniz zorunlu aşı uygulamasıdır. Bakınız, biz ne kadar kolay hallettik; genel yazıyla zorunlu aşı uygulamasını hallettik.

Esasen, bu konularda biz konuşurken, mesela Burak'ı (Gemalmaz) da belki yanıltan o, belirtilen şartlara uyulmadığı takdirde işveren işçiye işten çıkarabilir mi sorusu her zaman aklımıza geliyor. Çalışma hayatının ihtiyacı, PCR testi yaptırmazsa, aşı da olmazsa işçinin işyerine alınmaması, bu hak var mıdır yok mudur soruları değildir. İşveren üretim yapacak. Bu işçi dediğiniz efendim, küçümsemek için söylemiyorum, çöp toplayan insanlar değildir. İşçi; yukarıdan

aşağıya özel sektörde iş sözleşmesiyle çalışan herkeştir ve buna; genel müdür, genel müdür yardımcıları ve teknik elemanlar da dâhildir. Yani işçinin işyerine alınmaması durumunda işverenin işlerinin aksaması durumu söz konusu olacaktır. Dolayısıyla aslında çalışma hayatının ihtiyacı, işverenin işçiyi işyerine sokmama hakkına sahip olup olmadığı, işverenin sözleşmeyi feshetmesi durumunda tazminatlı mı yoksa tazminatsız mı fesih olup olmadığı soruları değildir. Konu, yanlış yönden tartışılmaktadır. Çalışma hayatının ihtiyacı; bu kişilerin aşı olmalarının sağlanmasıdır. Çünkü işlerin yürümesine ihtiyaç vardır.

Peki, bu genel yazıya göre işverenin; aşı yaptırmayan, PCR testi de yaptırmayan kişiyi işyerine sokmama hakkı var. İyi de bunun sonucu ne? İşveren işçiyi, işyerine sokmadığı zaman ne olacak? Öncelikle PCR testinin bedelinin işveren tarafından değil işçi tarafından karşılanması lazım. Burada bazı tartışmalar var, bu konuda bir tereddüt olduğunu zannetmiyorum. Çünkü bu durum, işçinin aşı olmama hakkının bir sonucu olarak ortaya çıkıyor.

Sağlık kuruluşuna PCR testine gidip gelmek için geçen süre iş süresinden sayılacak mı; hayır sayılmayacak. O zaman demek ki işçi, vardiyalı gece döneminde çalışmıyorsa, mesai saatleri dışında gidip de PCR testini yaptıracak ki yaptıramayacak. O gittiği süre için herhangi bir şekilde ücrete hak kazanamayacak.

Efendim işverenin PCR testi yaptırmayan işçiyi, işe almaması kimin temerrüdüdür, işveren temerrüdü müdür; hayır, işçi temerrüdüdür. İşveren, işçiyi işe almama hakkına sahiptir. İşçi kendi üzerine düşen yükümlülüğü yerine getirmemiştir, iki yükümlülüğün birini yaptırmamıştır, işçi temerrüdüdür. İşçi temerrüdünün sonucu da ücrete işe alınmadığı süre içerisinde hak kazanamayacak olmasıdır. Şimdi baktığınız zaman zorunlu aşı uygulaması geldi mi, geldi. Genel bir yazıyla zorunlu aşı uygulaması geldi. Ben de işçi olsam, hangi inançla davranırsam davranayım, haftada bir gidip kendimi yormam. Ayrıca işe alınmadığım süre içerisinde ücret alamayacağım, hiçbir zaman bunu göze alabilmem de mümkün değil.

İşyerlerinin belli yönlerden kategorize edilmesi mümkün değildir. Örneğin bankalar yönünden şubelerin yüz yüze, genel merkezin uzaktan çalışması yönünde bir düzenleme yapılması mümkün değildir. İşyerlerini “uzaktan çalışmaya uygun yerler” diye kategorize etmek mümkün değil; bu işverenin bir tercihidir. Ayrıca ben bankalardan biliyorum; şubedekiler “Bizim şubede çalışıyor olmakla günahımız ne?” diye şikâyet ediyorlardı. Yani, genel merkez uzaktan, şubedekiler yüz yüze çalışıyor. Sanayiye zaten uzaktan çalıştıramazsınız. Burası için de öyle. Örneğin, asistan arkadaşlarla veya öğretim üyeleriyle soruları görüşüyoruz. Efendim birimiz aşı olmadı, uzaktan çalışabilir, hemen bağlanabiliriz ama ben

personeli burada canlı istiyorum. Neden bağlanmak gibi bir zahmete katlanayım, niye orada konuşma, internet, bağlantı sorunları gibi zahmete katlanayım? Aşı olmak istemeyen arkadaşlar için, kâğıda yazarken çok güzel yazılıyor, ancak idarecilik tarafında öyle olmuyor. Efendim, aşı olmamak kişinin anayasal hakkıdır, ona göre tedbir alınması gerektiği belirtiliyor. Ne yapacağım; ayrı koridor mu yapacağım, ayrı tuvalet mi yapacağım, ayrı servis mi yapacağım? Dolayısıyla ben söylediğiniz ölçülülüğü nerede buluyorum? Evet, iş hukukunda feshin son çare olması ilkesi var; yani hemen fesih düşünülmemelidir. İşçinin yıllık izni birikmiş olabilir, işveren işçiyle ücretsiz izin isteyip istemediğini konuşabilir, mümkünse uzaktan çalışmaya ilişkin birtakım düzenlemeler yapılabilir, münavebeli (nöbetleşmeli) çalışma olabilir, çünkü burada adalet terazisini dikkate almak gerekir. Ama artık işverenin bu kişiyi işyerinde çalıştırması mümkün değilse şöyle bir değerlendirme yapılması gerekir: İşçinin anayasal hakkı varsa, işverenin de o çevreyi sağlıklı bir şekilde tutma hakkı, yükümlülüğü söz konusudur. 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda işçilerin, işveren tarafından alınabilecek olan tedbirlere riayet edeceği düzenlenmiştir. Bu yeni düzenleme, aslında sadece işçilere yönelik değil, aynı zamanda işverenlere yönelik de bir düzenlemedir. Artık giderek, daha iyi bir şekilde kişilerin COVID-19'a nerede yakalandığı tespit edilebilmektedir. Eğer işçinin COVID-19'a işyerinde yakalandığı tespit edilirse, işyerinde yoğun vaka tespiti ve saire olursa işverenin de sorumlu olacağı sonucuna varılmaktadır. Bu durum iş kazası mıdır, değil midir tartışması yapılırken aslında bu şekilde, söz konusu durumun iş kazası sayılacağı sonucuna doğru gidilmektedir.

Ölçülülüğü nerede buluyorum? Evet, aşı olmama işçinin anayasal hakkıdır, işveren de çalıştırmama hakkına sahiptir. O zaman bu durum, bir tazminatlı fesih sebebi olsun. Bunu işçiyi işinden gücünden etmek şeklinde algılamamak gerekir. Çünkü çalışma hakkı ilanihaye, hayat boyu devam eden bir hak değildir. Herhangi bir sebeple işveren, tazminatı da göze alıp, yani en kötü ihtimalle, zaten işçiyi yine işten çıkarabilir. Ayrıca memurlarda olduğu gibi mutlak işe iade iş hukukunda söz konusu değil. Dolayısıyla ölçülülük burada korunmaktadır. Evet, işçi temerrüttedir ama bu bir tazminatlı fesih sebebidir. Bu, işçinin tercihidir, işveren işçiye bu parayı ödeyecektir. Ama işçi, o tercihinin sonuçlarına da katlanacak, denilmektedir. Çok teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Nihat BULUT

Hocam biz teşekkür ediyoruz, çok sağ olun. Tabii şunu söyleyeyim; öyle anladık ki neticede işsizliğin bu kadar bol olduğu bir dünyada emekçi için aşılardan başka bir çare yok, durum onu gösteriyor. Evet, müsaadenizle hocam şimdi sorulara geçelim.

 Prof. Dr. Burak GEMALMAZ

Hocaya sağlık sektöründen bahsederken aklıma geldi. AİHM’de iki tane derdest başvuru var, herhalde başvuru haline gelmiştir, onları söylemeyi unuttum. İtfaiyecilerin zorunlu aşılmasına ilişkin Fransa’ya ve sağlık çalışanlarının zorunlu aşılmasına ilişkin yanlış hatırlamıyorsam Yunanistan’a karşı iki grup başvuru, yani birden çok başvuru, yapıldı. Daha doğrusu geçici tedbir istendi. AİHM, bunu reddetti. Yani aşı yapılmasın, aşı yapılmasa da çalışmıyorlar, çalıştırılmıyorlar. Geçici tedbir talebi reddedildi, çünkü geçici tedbir çok sınırlı bir alan, yaşam hakkınızın ihlal edilmesi veya ihlal riski altında olması lazım veya kötü muamele yasağının ağırlıklı olarak ihlal edilme riski altında olması gerekir. Ancak bu durum yanıltmasın, ret kararı geçici tedbir içindir, geçici tedbir zaten böyle durumlarda verilmez. Gerçekten ciddi ve yakın bir risk olması lazım. Fakat dava devam ederse, yani bir başvuru haline gelirse, dava görülecek olursa, orada da ilginç bir tartışma olacaktır diye bekliyoruz.

Prof. Dr. Nihat BULUT

Hatırlatma için teşekkürler. Şimdi soruları alabiliriz.

 Bir Katılımcı

Ben Burak Hoca’nın sunumuna şunu eklemek istiyorum; sabah Recep Hoca sunumunda; sistematik ve zorunlu bir aşılmanın normal hayata dönüşte ya da günümüz yaşantısındaki etkilerinde şunu da çok vurguladı; sağlık sisteminin çökmeden hizmet vermeye devam edebilmesi, hastanede başka türlü hastalıkları bulunan kişilerin yaşamlarının devam ettirilmesi, hastalıkların tedavi edilmesi ya da ameliyatların sürdürülebilir halde devam edebilmesi, hastanede bir kalabalığın engellenmesi adına %100 başarılı bir aşı olmasa da aşının, sistematik olarak uygulanmasının toplum sağlığı olarak, tekrardan vurgulayacak olursak, etkili ve gerekli olduğunu, yeni virüs varyantlarının olmaması gerektiğini, aşılamanın sistematik olarak hızlı bir şekilde yapılmasının da bahsettiğiniz o Delta varyantının ortaya çıkmasını engelleyebileceğini belirtti ya da olmamasının umudundan bahsetti. Sunumuzda bunu da düşünerek ekleyerek bir ufak ekleme yaparsanız sevinirim. Teşekkürler.

 Prof. Dr. Burak GEMALMAZ

Benim söylediklerim, son kısmını dikkate aldığımızda, söylediklerinizin tam tersidir. Öyle olmadığını gösteriyor ama bu tabii alanım değil, onu kim tartışıyorsa, tıpçılar veya virologlar kendi aralarında tartışsınlar. Onlara bırakıyorum.

Ama ilk söylediğiniz husus önemli, o sunumumda aklıma gelmeliydi. Zira gerçekten de zorunlu aşının amaçlarından bir tanesi de dediğiniz gibi sağlık sisteminin yükünü azaltmak olabilir. Bu da insan hakları hukuku terminolojisiyle elverişliliğe ilişkin bir faktördür. Dolayısıyla bunu da göz ardı etmek gerekirdi. Ama bu faktör de tek başına bütün sorunları ortadan kaldırmaz.

Yanlış anlaşılmasın, aşı olmak isteyen olsun, onda hiçbir problem yok. Yani aşı herkese eşit olsun. Muharrem Hoca açılış konuşmasında çok ciddi bir aşı yoksunluğu ve gelir dağılımı eşitsizliği bulunduğunu belirtti. O konularda bir problem yok, devletlerin zaten bu aşırı sağlama yükümlülüğü de var. Ama ben, aşırı zorunlu kılmak konusunda devletlerin ne yükümlülüğü var ne de aşırı zorunluluğu getirebilir demeye çalışıyorum. Arada fark var, isteyen olur, olmaz, tercihinin göre kişi bazı şeylere katlanır. Devlet mesela aşılama başka kampanyalarla destekleyebilir. Mesela aşı olana para verir. Amerika'da bir ara sanırım yaptılar, buna dair haberler vardı değil mi? Buna benzer kampanyalar yapıldı. Dürtme, farklı şekilde de yapılabilir. Cezalandırmak yerine kişi teşvik edilebilir, bazı imkânlar sağlanabilir. Bunlar düşünülmeli. O zaman belki toplumsal tercih etkilenecektir. Kanaatimce, böyle de yaklaşılsa, sınırlamak yerine farklı yöntemlerle de aynı sonucun elde edebileceği göz ardı edilmemeli. Hatırlatman için teşekkürler.

Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ

Uygulamada da bazı yerlerde aşı olana 150 lira şeklinde rayiç ödeme şeklinde ödül veriliyor. Ben onu bir market zincirinde söyledim, "*Hocam 50 binle çarp-sana parayı.*" dedi.

Prof. Dr. Burak GEMALMAZ

Valla hocam diyecektim ki keşke bana öyle bir teklifte bulunsaydınız hemen aşırı vurdururdum.

Bir Katılımcı

Hocam sizin vermiş olduğunuz örnek üzerinden bir soru sormak istiyorum. Bankalarda, biliyorsunuz, güvenlik işleri daha çok alt işverene verilmekte; alt işverenin işçilerinin bu aşı noktasında bir ret durumu olursa, asıl işveren kendi işçilerine karşı sahip olduğu haklara, alt işverenin işçilerine karşı da sahip olur mu? Alt işveren çalışanları üzerinde, asıl işverenin hiyerarşi yetkisinin olması, ancak söz konusu işçilerin alt işverenin işçisi olması açısından soruyorum. Teşekkür ederim.

 Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ

Asıl işveren, alt işveren işçisine karşı doğrudan bir şey yapamaz. Yani talimat da veremez, belki fiilen talimat verir ama hukuken öyle bir hakka sahip değil. Mesela işçi bir ihlalde bulunduğunda, örneğin hırsızlık yaptığında veya buna benzer şeyler yaşandığında asıl işveren, alt işveren işçisinin projeden çekilmesini isteyebilir ve kendi işverenine bunun için gereğini yapmasını söyler. Burada da aynı durum geçerli. Bu tedbirlerin uygulanması bakımından asıl işverenin muhatabı alt işverendir; işveren alt işverenden bazı tedbirleri almasını isteyebilir. Biz de üniversitede tedbirlerimizi alıyoruz. Örneğin, alt işveren işçisinin bir ihlal yaptığını gördüğümüzde, bu kurallara aykırı davrandığını gördüğümüzde projeden çekilmesini isteriz. İfade edebildim mi, bilmiyorum?

 Bir Katılımcı

Çok iyi ifade ettiniz. Hocam bir soru daha sormak istiyorum. COVID-19 salgını öncesindeki Yargıtay kararlarında, salgın hastalık zorlayıcı sebep olarak gösteriliyor. Sizce, şu anda COVID-19 kapsamındaki karantina, işten çıkarma yasağı bittikten sonra, yine zorlayıcı sebep olarak görülebilir mi?

 Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ

Söz konusu Yargıtay kararlarındaki durum şimdi söz konusu değil ki. Yani şunu tartışıyorlar hocam; ilgili durum madde 24/3'e (zorlayıcı sebep) mi girer; madde 18'e mi? Bir tanesi, işyerinde işin bir haftadan fazla süreyle durmasını gerektiren bir zorlayıcı sebebin ortaya çıkmasını düzenlemektedir. Şu anda yok. Bu, martta ilk defa AVM gibi yerlerin kapanmaya başladığı zamanlarda tartışıldı; bunlar, o zamanın tartışmaları, şu anın değil. Salgın hastalık tabii ki duruma göre zorlayıcı sebep olur ama şu andaki durum o değil. Kaldı ki, bunun tam paralel maddesinde, madde 25/3'te işçiyi bir haftadan fazla süreyle alıkoyan zorlayıcı sebebin varlığı halinde işverene fesih hakkı verilmektedir.

 Bir Katılımcı

Hocam ben zaten 3 Eylül tarihli, Çalışma Bakanlığı'nın genel yazısı kapsamındaki işverenin, karşılaşılabilecek birtakım durumlar hakkında işçiye bilgi vermesi yükümlülüğü doğrultusunda, işveren bu durumu dile getirebilir mi, diye sormak istedim. Yani işçi, bir haftanın üzerinde karantinada kalırsa, bu durumda işveren işçiyi işten çıkarabilir mi diye sormak istedim.

Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ

Bu işçinin bir haftadan fazla süreyle işyerine gelmesini engelleyen, çığ düşmesi, yoğun kar yağışı, münakalatın inkıtai (ulaşımın kesilmesi) gibi bir durum değil. Dolayısıyla burada 18. madde kapsamında işletme gereklerinden ayrılma-yı gerektiren bir durum söz konusu değil. Kaldı ki, hangi hüküm lehedir diye bakmıyoruz, ama senin söylediğinde madde 25/3'te işçi sadece kıdem tazminatı alıyor. Benim söylediğimde ise diğer hakları da alması mümkün olacak. Onun için bence, ölçülülük ilkesi burada daha güzel oturuyor. Sizin dediğinizi söyleyenler de var. Yani bu durum, madde 25/3 kapsamına girer veya girmez şeklinde görüşler ifade ediliyor.

Hocam aslında, şu anda hepimiz bir şeyler söylüyoruz. COVID-19 salgınının başlarında, yani nisan ayındaki toplantılara bakın; insanlar uzaktan çalışmaya geçtiler. İnsanlar durumun ciddiyetinin farkında değillerdi. Efendim, *"İşçi evde elma soyarken elini keserse iş kazası mı sayılır?"* gibi abuk, işin ciddiyetiyle bağdaşmayan sorularla uğraşıyorduk. Benim o döneme ilişkin olarak hatırımda kalan bir başka şey de şu; bu konuda ileride uyuşmazlık çıktığında, karar verme durumunda olacak olan hâkimleri, böyle konuşmayı çok özlemiş gibi her konuda görüş beyan etmelerini yediremedim, bağdaştıramadım. Herkes bazı konular hakkında ilk sözü söyleme yarışına girdi. Kısa çalışmada söz konusu durumun ne olacağı, ilgili çalışma süresinin kıdemden sayılıp sayılmayacağı gibi birçok soru gündeme geldi. Hukukçu arkadaşlar söylesin ama ileride bu konuda karar verecek olan yargıçlar, bu konularda hiçbir şey söyleyemez. Efendim, o zaman bu konunun toplumsal bir olay olduğunu ve herkesi ilgilendirdiğini söylediler. Soma faciası toplumsal olay değil miydi? Orada yargıçlar çıkıp peşinen bazı kişileri sorumlu tutacaklarını veya bu olayda başka konularda bazı sözler söylediler mi? İlgili uzaktan çalışma döneminin güzel bir sınav olmadığı görüşündeyim. Bakalım o söyledikleri konularda aksine karar verdikleri zaman o bantları ve saire kendi önlerine getirecekler mi? Türkiye Barolar Birliği ve İstanbul Barosu bu konuda etkinlikler düzenledi. Görüşler zaman içerisinde değişir. Bu görüşlerin yargıçların da önüne konacağına eminim.

Kerem GİRAY (Katılımcı)

Öncelikle sunum yapan bütün hocalarıma teşekkür ederim. Burak Hocama bir sorum olacak çünkü gerçekten sunumunda çok farklı bir bakış açısı getirdi. Ben kendisine şunu sormak istiyorum. Bir taraftan her olay biricik. Eğer her olay biricik olarak kabul edilirse, bir taraftan aşı yaptıranla yaptırmayan arasındaki fark çok net olarak tespit edilemiyorsa bunun sonuçları; diğer taraftan devlet

aşı zorunluluğunu getirdiği zaman bu biricik olay bazında aşı olmayan kişinin de bütün sorumluluklarını yerine getirdiği; yani örneğin düzenli olarak maske kullanıldığı, mesafe, izolasyona dikkat edildiği, kişisel hijyenin sağlandığı; nasıl ispatlanacak? Çünkü bu, aynı zamanda 8. madde anlamında, özel hayatın gizliliğine müdahale değil mi? Yani devlet tarafından video kamerayla kişinin sürekli izlenip maske taktığı tespit edildiğinde, kişi buna rağmen COVID-19 olduğunda, kişinin hiçbir sorumluluğunun, kusurunun bulunmadığı ifade edilecek mi?

Prof. Dr. Burak GEMALMAZ

Nasıl cevap verebileceğimi tam olarak kestiremiyorum. Zira kişi, kendi ihmalinden dolayı da elbette COVID-19 olabilir. Ama zaten bunun ispatlanması zor. Çünkü COVID-19'u kişinin nereden, ne zaman, hangi sosyal ortamdan kapıldığı kesin netlikle bilinmeyebilir ya da anlaşılmayabilir. O yüzden ona hukuki sonuç bağlanır mı çok emin değilim. Takip edilme konusunda, zaten bu sürecin en önemli sebep sonuçlarından bir tanesi de kişisel veriler alanında, özel yaşamın gizliliği alanında oluyor. Doğru, bahsettiğiniz durum da özel yaşama bir müdahale niteliğinde. Ama o da sınırlanabilir, tıpkı vücut bütünlüğü bahsinde olduğu gibi. Özel yaşam çok geniş bir hak, bunların hepsini kapsayan bir hak. Ama yine sınırlanabilir. Orada kişisel verilerin işlenmesine ilişkin standartlar var. Özellikle çalışanların işverenleri tarafından izlenmesi hususunda son yıllarda AİHM'in standartları aslında, COVID-19'dan önce, bayağı bir gelişti. Dolayısıyla o standartlara uygun şekilde izlenmede bir problem olmayacaktır. Bu izleme, COVID-19'la ilgili bilgiler edinmek için de kullanılabilir. Mevcut içtihadi birikim karşısında böyle bir durumda herhangi bir sorun olmayacaktır diye düşünüyorum. Ama genel olarak pandemi sürecinin temel haklara çok ağır etkileri var. Zaten Muharrem Hoca açılış konuşmasında çeşitli göndermelerle bunu söyledi. Gerçekten bütün haklar konusunda bir geriye gidiş var. Geriye gidiş olacak ve kesin olarak oluyor.

Bir Katılımcı

Öncelikle verdiğiniz değerli bilgiler için teşekkürler. Ömer Hocamız olayı iş hukuku açısından ele aldığı için farklı bir bakış açısı sundu. Ama ben çalışma hayatı kapsamında zorunlu aşının getirilmesi düzenlemesinin, insan hakları perspektifinden ele alındığında AİHM'e ya da AYM'ye bir şekilde özel hayatın gizliliği başlığı altında da taşınırsa, ölçülülük incelemesi yapıldığında, bu şekilde kümülatif bir düzenlemenin yapılmasının somut olay özelinde bir ihlale sebebiyet verebileceğini düşünüyorum. Somut olay özelinde, ihlal çıkmayabilir. İnsan hakları hukuku perspektifinde sizin düşünceniz nedir? İş hukuku bakış açısından

farklı olabilir ama insan hakları hukuku açısından farklı sonuçların çıkabileceğini düşünmekteyim. Teşekkür ederim.

 Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ

İş hukukunda da farklı düşünenler var. Yani bu, iş hukuku bakış açısı değil, sadece benim bakış açım. Bizde de durumu farklı şekilde değerlendirenler var.

SONUÇ BİLDİRGESİ

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu ile İstanbul Üniversitesi işbirliğinde “İnsan Hakları Perspektifinden COVID-19’a Karşı Aşı Uygulamaları Çalıştayı” İstanbul Üniversitesi Rektörlüğü ev sahipliğinde 27.09.2021 tarihinde gerçekleştirilmiştir. Çalıştay;

- “İdarenin Genel Sağlığı Koruma Vazifesi ve COVID-19’a Karşı Aşı Uygulamaları”,
- “Karşılaştırmalı Hukukta Zorunlu Aşı Uygulamaları”,
- “Zorunlu Aşı Uygulamasının İnsan Hakları Yargısında Görünümü”

başlıklı üç oturumdan teşekkül etmiştir.

Aşağıda yer alan hususlar Çalıştay’ın sonuçları olarak tespit edilmiştir:

> 01

Dünya genelinde, yatan ve ağır hastaların %90’ı aşısız veya tam aşılanmamış olan kişilerden oluşmaktadır.

COVID-19 aşısı hastalığa bağlı ölümleri ve hastalığın ağır seyrini önemli oranda azaltmaktadır. Örneğin, İngiltere’de Ocak-Temmuz 2021 arasında 51.281 COVID-19 ölümü bildirilmiştir. Bu ölümlerden yalnızca 256’sı tam aşıdır. Tam aşı olup vefat eden 256 kişinin çoğunda ciddi bağışıklık yetmezliği bulunmaktadır. Ciddi bağışıklık yetmezliği bulunan kişilerde antikor kolay gelişmemektedir. Aşı olup vefat edenler içerisinde ağır hastalığı olanların sayısı da oldukça fazladır. Aşı, hastaneye yatışları ciddi oranda azaltmıştır.

> 02

Düşük gelirli ülkelerde en az bir doz aşı uygulama oranı %2,2’dir. Tüm dünya bu düşük gelirli ülkelere aşılama konusunda yardım etmelidir. Burada yaşayanlar yeterli aşılama ulaşamazlarsa, dünyada salgın tehdidi devam edecektir.

Pandeminin küresel boyutu dolayısıyla, yaşanan bu salgın hastalığın sonra ermesi için tüm ülkelerde aşılamanın belirli bir seviyeye ulaşması gerekmektedir. Oxford Committee For

Famine Relief (OXFAM) International'ın verilerine göre; zengin ülkeler küresel dozların yüzde 80'ini uygularken, yoksul ülkeler mevcut dozların yalnızca yüzde 0,5'ine sahiptir. Zengin ülkelerin her dört vatandaşından biri aşı yaptırırken, sosyo-ekonomik düzeyi düşük ülkelerdeki her 500 kişiden yalnızca biri aşı yaptırmıştır. Zengin ülkeler örneğine bakıldığında 38 milyon nüfusa sahip Kanada 7 farklı aşı üreticisiyle 400 milyondan fazla doz satın almak için sözleşme imzalamıştır. Aralarında Global Justice Now, OXFAM ve The Joint United Nations Programme on HIV/AIDS'in (UNAIDS) de yer aldığı "Halkın Aşı İttifakı", "Büyük Aşı Soygunu" başlıklı bir brifing yayımlamıştır. Bu brifingte aşı milyarderleri ve aşı tekeli olgusuna dikkat çekilmiştir. 22 Eylül 2021 tarihinde gerçekleştirilen Sanal Küresel COVID-19 Zirvesinde "aşı üretimini, bağışları, teslimatı önemli ölçüde artırarak dünyayı aşılacak ve lojistik bir görev olan aşı uygulamasını hızlandırmak" konusunda önemli açıklamalar yapılmıştır. Dünya liderleri dünyayı aşılacak için büyük sözler vermişler, ancak bu sözleri yerine getirememişlerdir. Bunun yerine, ilaç şirketlerinin aşı tahsisinde yoksul ülkelerin payını düşürmesine izin vermişlerdir. UNAIDS'in İcra Direktörü Winnie Byanyima, "aşı apartheid'imiz var" yönündeki açıklaması ile yaşanan bu duruma dikkat çekmektedir.

> D3

Aşı uygulamaları hakkında söylenenlere, yazılanlara, paylaşılanlara temkinli yaklaşılmalı, uzmanlara danışılmalıdır. Eleştirel düşünce süzgecinden geçirmeden hiçbir habere, bilgiye ve paylaşıma inanılmamalıdır.

Aşı karşıtlığı COVID-19 pandemisi öncesinde de, çok eskiden beri gündeme gelen bir konudur. İlk gerçek aşı karşıtlığı gerçek olmayan bir çalışmaya dayanmaktadır. Bir gastroenterolog, 12 hastası üzerine aşı-otizm ilişkisi konusunda bir çalışmasını "Lancet" adlı saygın bir yayında yayımlamış, bu yayının İngiltere ve dünyada ciddi şekilde etkisi olmuştur. Yapılan çeşitli kohortlardan sonunda yayının sahte olduğu ortaya çıkmış ve yayın geri çekilmiştir. Aşı karşıtlığı üzerinden yapılan birçok iddia hala bu yayına atfen yapılmaktadır.

D4

“Genel sağlık” kavramı üzerinde yeniden düşünülmesi gerekmektedir. Çeşitli düzenlemelerle “pandemi” kavramının tanımı yapılmalı, pandemide alınacak tedbirlerle ilişkin ayrıntılı düzenlemelere yer verilmeli ve bu tedbirleri alacak idari makamlar da açıkça belirtilmelidir. İdarenin kanunilik ilkesi, belirlilik ilkesi ve ölçülülük ilkesi çerçevesinde hareket etmesini sağlayacak yasal düzenlemeler yapılması gerekmektedir. Özellikle yönetilenlerin bu dönemlerde tabi olacağı kuralları önceden öngörmesini sağlayacak düzenlemeler yapılmalıdır. Ayrıca COVID-19 ile mücadele kapsamında uygulanacak tedbirler de dâhil olmak üzere salgın dönemlerinde ülke çapında uygulanacak önlemlerin Resmi Gazete’de yayımlanması gerekmektedir.

“Genel sağlık” kavramı Anayasa’da temel hak ve özgürlükleri sınırlandırma sebebi olarak çeşitli maddelerde düzenlenmektedir. Ayrıca 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu’nda da “umumi sıhhat” kavramı şeklinde kullanılmaktadır. Ancak 1 No’lu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nde genel sağlık kavramının yerine halk sağlığı kavramı tercih edilmiştir. Bunun haricinde çeşitli düzenlemelerde de “kamu sağlığı”, “toplum sağlığı”, “çevre sağlığı” gibi kavramların da kullanıldığı görülmektedir. Genel sağlık basit bir tanımlama yapılacak olursa toplumun bulaşıcı hastalıklardan korunması ve toplumsal yaşamın sağlıklı ortamda sürdürülmesidir. Ayrıca bu kavramın içerisinde gıda güvenliği, temiz bir çevrede yaşam koşullarının sağlanması gibi başlıklar yer alabilir. “Genel sağlığın korunmasında yetkili ve görevli idari makamlar kimdir?” sorusu bu dönemde en çok tartışılan konulardan birisidir. Tıbbi açıdan gerekli tedbirlerin izahı Sağlık Bakanlığı tarafından yapılmış, bunların dışında kalan tedbirler büyük oranda İçişleri Bakanlığı genelgeleri ile duyurulmuştur. 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu’nun 3. maddesine göre çocuk ölümlerinin azaltılması, salgın hastalıkların yurda girilmesine engel olmak ve her türlü salgın hastalıkla mücadele etmek Sağlık Bakanlığı’nın görevleri arasında sayılmaktadır. Yine aynı Kanun’un 64. maddesine göre tehlikeli bir salgın hastalık ortaya çıktığında bunu duyurmaya ve bu Kanun’da belirtilen tedbirleri uygulamaya Sağlık Bakanlığı yetkilidir. 1 No’lu Cumhurbaşkanlığı

Kararnamesi'nin 352. maddesinde de Sağlık Bakanlığı'nın görevleri arasında halk sağlığının korunması ve geliştirilmesi, hastalık risklerinin azaltılması ve önlenmesi için çalışmalar yapmak ve uluslararası önemi haiz halk sağlığı risklerinin ülkeye girmesini önlemek sayılmaktadır. Kısacası salgın hastalıklarla mücadele konusunda aslında genel yetkili makam Sağlık Bakanlığıdır. Burada yetki karmaşasının yaşanmasının bir sebebi de mevzuattaki eksikliklerdir. 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 361. maddesinde Halk Sağlığı Genel Müdürlüğü'ne de bazı yetkiler verilmektedir. Bu yetkilerden biri ise halk sağlığını tehdit eden konularda gereken tüm tedbirleri almak ve gerektiğinde müeyyide uygulamaktır. Bu yönüyle mevzuatın kaleme alınış şeklinin tartışılması gerekmektedir. "Tüm tedbirleri almak", "müeyyideler uygulamak" gibi ibareler belirlilik ilkesine uygun değildir. Bu tedbirler ve uygulanacak yaptırımlar ibareleri temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliğinde olması ihtimalini doğurmaktadır. Bu nedenle alınacak tedbirlerin Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenmesi de birtakım sorunlar yaratmaktadır. Zira Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle temel hak ve özgürlükler düzenlenemeyeceğinden bu düzenlemelerin kanun yoluyla yapılması gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi de Halime Sare AYSAL (No: 2013/1789) başvurusunda halk sağlığının korunması için kanun hükmünde kararname ile yetki verilmesini Anayasa'ya aykırı bulmuştur.

20 Mart 2020 tarihinden itibaren COVID-19 ile mücadele kapsamında eğitim-öğretime ara verme, sokağa çıkma kısıtlaması, maske takma zorunluluğu, HES (Hayat Eve Sığar) uygulaması, PCR testi gibi günlük hayatımızı yoğun bir şekilde etkileyen çeşitli tedbirler uygulanmıştır. Bu tedbirlerin öğrenilme usulü ayrıca ele alınması gereken bir konudur. Bu tedbirler genellikle sosyal medyadan, basından, radyo ve televizyon araçlarından öğrenilmiştir. Tedbirlerin, yönetilenler tarafından açık ve şeffaf bir biçimde öğrenilmesi gerekmektedir. Tedbirlerin nitelik itibarıyla ülke çapında uygulanan tedbirler olmasından dolayı Resmi Gazete'de yayımlanması gerekmektedir; zira 10 No'lu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 4. maddesine göre Cumhurbaşkanlığınca Resmi Gazete'de yayımlanması uygun görülen karar ve genelgelerin Resmi Gazete'de yayımlanacağı belirtilmektedir. Buna göre ülke çapında uygulanacak olan idari kolluk tedbirlerine ilişkin kararların da Resmi Gazete'de duyurulması, kişilerin hayatını etkileyen bu tedbirlerden haberdar olabilmeleri bakımından önemlidir.

> D5

Pandemi sürecinde alınacak tedbirlerin hukuki bir zemine oturtulması gerekmektedir. 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu yerine olağan dönemde sağlık alanında alınacak tedbirleri öngören daha güncel ve günümüz koşullarına uygun bir kanun düzenlenmelidir.

1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu, COVID-19 bağlamında alınan birçok tedbir açısından dayanak içermemektedir. Kanun 1930 tarihli oldukça eski bir kanun olması niteliğinden dolayı günümüzün teknolojik ve bilimsel gelişmelere ayak uyduramamaktadır. Dolayısıyla bu Kanun ve mevzuattaki eksikliklerden ötürü yetkiye ilişkin karmaşalar yaşanmaktadır. 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu yerine olağan dönemde sağlık alanında alınacak tedbirleri öngören daha güncel ve günümüz koşullarına uygun bir kanun düzenlenmelidir.

> D6

Tehlikeli bir salgın hastalığın varlığı nedeniyle Olağanüstü Hal (OHAL) ilan edilmesi durumunda uygulanacak ve pandemiyle mücadelede alınacak tedbirleri düzenleyen bir kanun ihdası düşünülmelidir.

Genel sağlığın korunmasına ilişkin tedbirlerin, içinde bulunulan durumun olağan veya olağanüstü bir dönem olmasına göre değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu dönemler içerisinde alınacak tedbirler arasında ağırlık ve yoğunluk bakımından farklılıklar bulunmaktadır. Böyle bir süreçte OHAL zorunlu olmamakla birlikte pandeminin boyutuna ve gidişatına göre OHAL'in gerekli olup olmadığına karar verilmelidir. 2935 sayılı OHAL Kanunu'nun 9. maddesine göre tehlikeli salgın hastalıklar sebebiyle OHAL ilan edilmesi durumunda alınacak tedbirler düzenlenmektedir. Bu maddenin içeriğine bakıldığında şu anda uygulanan tedbirlerin birçoğunun mezkûr Kanun'da yer almadığı görülmektedir. Örneğin tehlikeli salgın hastalık sebebiyle sokağa çıkma yasağı burada bulunmamaktadır. PCR testi zorunluluğu, maske takma zorunluluğu aşı vb. tedbirler de bu Kanun'da yer almamaktadır. COVID-19 pandemisi sürecinde İçişleri Bakanlığı tarafından yayınlanan genelgeler çerçevesinde tedbirler alınsa da OHAL Kanunu'nda belirtilen tedbirlerin alınmasında yetkili makam valilerdir. Dolayısıyla

OHAL ilan edilecekse -ki bu yol mümkündür- buna ilişkin mevzuatın yeniden düzenlenmesi gerekmektedir.

> D7

Salgın hastalıkların önlenmesi, tedavisi, denetim altında tutulması taraf olunmuş olan Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi kapsamında bir yükümlülüktür. Devletler bu Sözleşme'den kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmek için elverişli kaynakları azami ölçüde kullanma, başta yasal önlemler olmak üzere uygun bütün önlemleri alma taahhüdü altındadırlar.

Pandemiyle mücadele bir insan hakları yükümlülüğüdür. Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin sağlık hakkını düzenleyen 12. maddesinin 2. paragrafında Taraf Devletlere verilen yükümlülüklerden biri de salgın hastalıkların önlenmesi, tedavi ve denetim altına alınmasıdır. Sözleşme'nin 2. maddesine göre Taraf Devletler tarafından kendi başına ve özellikle ekonomik ve teknik alanlarda uluslararası yardımlaşma ve işbirliği yoluyla, elverişli kaynaklarını azami düzeyde kullanarak bilhassa yasal önlemlerin alınması dâhil olmak üzere uygun bütün araçları kullanmak suretiyle Sözleşmede tanınan hakların aşamalı biçimde tam olarak gerçekleştirilmek durumundadır. Bu önlemler sağlık hakkı bağlamında halk sağlığını korumaya yönelik, elverişli en iyi bilimsel kanıtlara dayanan, sağlık çalışanlarına danışılmak suretiyle alınan kararlar olmalıdır.

> D8

Aşılama, COVID-19'la mücadele bağlamında halihazırda elimizdeki seçenekler bakımından en optimum önlem olarak karşımıza çıkmaktadır. Ama aşılama önleminin etkili olabilmesi için de hem aşılanmanın zorunlu tutulması ya da kişilerin aşıya zorlanması veya yönlendirilmesi (dürtme), hem aşılama durumuna ilişkin belgelerin, bunların belgelendirilmesinin zorunlu olması değerlendirilebilir. Toplumun bu önleme ilişkin olarak etkili ve yeterli bir şekilde bilgilendirilmiş olması gerekmektedir.

Aşılama; sağlığa ve yaşama yönelik riskleri azaltma, virüsün yayılımıyla mücadele, salgının tüm insan hakları üzerinde yaratmış olduğu etkilerin ortadan kaldırılması bakımından; görece ucuz olması, etkili ve kolay uygulanabilir olması nitelikleri bakımından en optimum önlem olarak karşımıza çıkmaktadır. İnsan hakları hukukunda bir Taraf Devletin aldığı bu önlemin kâğıt üzerinde kalmaması ve sahada karşılık bulması gerekmektedir. Bu önlemlerden ilki zorunlu aşı veya kişilerin aşığı zorlanması veya yönlendirilmesidir (dürtme). Bulaşıcı hastalık, cebri tedavi yasağının bir istisnası olarak görülebilir. Aşılama önleminin etkinliğinin sağlanmasındaki bir diğer unsur kişilerin durumlarının belgelendirilmesi zorunluluğudur.

Almanya'da COVID-19 aşı zorunluluğu konusunda, mevcut Enfeksiyon Yasası'na rağmen, yapılan tartışmalarda çekingen bir tutum gözlenmektedir.

Almanya'da Enfeksiyon Yasası kapsamında salgın hastalıklarla mücadele amacıyla bir enstitü yetkilendirilmiştir. Söz konusu enstitü, işlev itibarıyla ülkemizdeki Koronavirüs Bilim Kurulu ile benzerlik göstermektedir. Enstitü hakkında detaylı düzenlemeler yapılmış, enstitü başkan ve üyelerinin seçilme usulü, görevleri, enstitünün yetkili olduğu alanlar gibi konularda açık düzenlemelere yer verilmiştir. Enfeksiyon Yasası'nda birçok hastalık tahdidi olarak sayılmıştır. Mezkûr Yasa'da yapılan değişiklikle, Yasa'da sayılan hastalıklarla mücadele amacıyla alınması gereken tedbirlerin COVID-19 salgını için de uygulanabilmesi mümkün hale getirilmiştir. Aynı Yasa'da epidemi döneminde Federal Sağlık Bakanlığı'nın, Federal Konsey'in de onayını almak koşuluyla aşı yükümlülüğü getirmek konusunda yetkilerinin bulunduğu da ifade edilmiştir.

Almanya'da aşı zorunluluğu kapsamında karşılaşılan sorunlar daha çok yargısal içtihatlarla düzeltilmeye çalışılmaktadır. Zorunlu COVID-19 aşısı konusuna ilişkin henüz federal yüksek yargı kararı olmayıp yerel mahkemeler daha çok idarenin lehinde karar vermektedir.

Almanya Federal Yüksek İdare Mahkemesi, 1959 tarihli kararında, çiçek aşısının zorunluluğu konusunda halk sağlığı ve

tıbbi sebeplerle aşı olamayan bireylerin hakları olmak üzere iki meşru amaç doğrultusunda aşı zorunluluğunu Anayasa'ya uygun bulmuştur. Alman yargı organları aşı zorunluluğu konusunda özellikle çatışan hakların tartımı hususuna önem vermiştir.



Fransa'da salgın sonrası dönemde gerçekleştirilen ya-sama faaliyeti kapsamında hayata geçirilen Sağlık Kartı (ülkemizdeki Hayat Eve Sığar uygulamasına benzer bir mobil uygulama) uygulamasının kişisel verileri ihlal ettiği iddiasını içeren başvuruyu inceleyen Fransa Danıştay (Devlet Konseyi) herhangi bir ihlal olmadığına karar vermiştir.

Fransa'da eğlence amaçlı, kalabalık toplulukların bulunduğu yerlerde sağlık kartı uygulaması başlatılmıştır. Söz konusu mobil uygulamada kişinin aşı olup olmadığı, kişi aşı olmadıysa 48 saat geçerli PCR test sonucu ya da son 6 ay içinde geçirilen bir COVID-19 hastalığı olup olmadığına yönelik kayıtlar bulunmaktadır. Bu tedbirlerle kalabalık ortamlara ancak COVID-19 bağışıklığı kazanmış olan bireylerin girmesi mümkün hale getirilmiştir. Fransa Danıştay, Sağlık Kartı uygulamasının kişisel verileri ihlal ettiği iddiasını içeren başvuru kapsamında, Sağlık Kartı'nın içerdiği bilgilerin kısıtlı bilgiler olduğu, verinin saklanma süresinin sınırlı olduğu, veri minimizasyonu kapsamında en az sayıda verinin depolandığı, söz konusu uygulamanın genel sağlığın korunması amacıyla gerçekleştirildiği ve dolayısıyla meşru amaçla orantılı bir müdahale olduğu hususlarına hükmetmiştir.

Fransa'da yargı organlarınca, genel olarak temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanması konusunda dikkate alınan demokratik toplumda gereklilik, acil sosyal ihtiyaca cevap ve orantılılık ölçütlerinin, aşı zorunluluğu kapsamında da esas alınması gereken unsurlar oldukları vurgulanmıştır.

Fransa'da yüksek yargı organlarının içtihatlarına konu olan ve aşı zorunluluğu kapsamında gündeme gelen Sağlık Kartı'nın acil ihtiyaçlara erişimi engellemesi durumunda sorun meydana gelebileceği, dolayısıyla acil durumların ortaya çıkması

ihtimaline binaen Sağlık Kartı uygulamasına alternatiflerin de geliştirilmesi gerektiği değerlendirilmektedir. Ancak bu şartlara uyulması koşuluyla, Sağlık Kartı uygulaması Anayasa'ya uygun bulunmuştur.

Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD) aşı zorunluluğu konusunda esas yetki eyalet yönetimlerindedir. Federal devletin yetkisi ABD Anayasası'nda sayılanlarla sınırlı olduğundan dolayı, Anayasa'da sayılan alanların dışındaki konularda asli yetki eyaletlerde olup federal devlet ikinci yetki üstlenmektedir.

Federal devlet, aşı zorunluluğu konusunda asli yetkiye sahip olmasa da harcama yetkisine dayanarak bazı federe devletlere daha fazla pay vermeyi, ilgili eyalette aşılamaı gerekli kılama şartına bağlama imkânına sahiptir. Bu durumda dolaylı olarak aşı zorunluluğu ile ilgili olarak düzenleme yapılacak ve eyalet yönetimlerinin aşı politikaları yönlendirilmiş olacaktır. ABD'de zorunlu aşı konusunda eyaletler arasında görüş birliği bulunmamaktadır. Bazı eyaletlerde aşı muafiyeti bulunmakta iken bazı eyaletlerde aşı muafiyeti söz konusu değildir. Yine bazı eyaletlerde yalnızca birtakım dini gerekçelerle aşı muafiyeti söz konusu olabilirken, dini gerekçelerin aşından muaf olmak için bir gerekçe olmayacağı görüşünü savunan eyalet yönetimleri de bulunmaktadır.

ABD Federal Yüksek Mahkemesinin 1905 tarihli Jacobson v. Massachusetts ile 1922 tarihli Zucht v. King kararları, üzerinden uzun zaman geçmesine rağmen zorunlu aşı ile ilgili davalarda hala geçerli olan içtihatlar olarak görülmektedir.

Jacobson v. Massachusetts davası kapsamında, yerel yönetimlerin halk sağlığı açısından gerekli görmesi durumunda 21 yaşın üzerindeki herkese aşı zorunluluğu getirebilmesi ve aşı olmayanlara para cezası uygulanabilmesi yetkisini tanıyan bir kanuni düzenleme söz konusudur. 1902 yılında bölgede yayılan çiçek salgını sonrası, mezkûr kanuni düzenleme doğrultusunda Cambridge şehrinde aşı zorunluluğu getirilmiştir. Aşı olmak istemeyen başvuru, söz konusu aşının vücut dokunulmazlığı

ile özel hayatın gizliliği hakkını ihlal ettiğini ve bu müdahale ile 14. Değişiklik'e aykırılık meydana geldiğini savunmuştur. Federal Yüksek Mahkeme, kişi özgürlüklerinin sınırının bulunduğunu ve kamusal yetkiler çerçevesinde eyaletlerin böyle bir uygulamayı gerçekleştirebileceğini ifade etmiştir.

12

Anayasa Mahkemesi (AYM) zorunlu bebeklik aşlarına ilişkin kararlarda uygulamanın kanuni dayanağı olmadığı gerekçesiyle ihlal kararı vermiştir. Bir hukuk düzeninde olması gereken aşı uygulamalarının kanunla düzenlenmesidir.

AYM'nin henüz COVID-19 aşısı ile ilgili verdiği bir karar bulunmamaktadır. Geçmiş yıllarda zorunlu aşılarla ilgili verilen kararlar bebeklik dönemi aşlarına ilişkindir. AYM de AİHM gibi değerlendirmeyi kanunilik, meşru amaç ve demokratik toplumda gereklilik yönlerinden gerçekleştirmektedir. Kanunilik değerlendirmesi açısından şekli anlamda kanun yeterli değildir. Kanunun niteliği de önem arz etmektedir. Kanunilik ölçütünü karşılayan nitelikte bir kanunun var olduğundan bahsedilebilmesi için yasal düzenlemenin öncelikle yeterince açık ve öngörülebilir olması, keyfilğe karşı uygun bir koruma sağlaması gerekir. Anayasa Mahkemesinin bebeklik dönemi aşlarına ilişkin aldığı kararlarda, ilgili hükümlerin başvuruya konu uygulamanın kanuni dayanağı olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığı gerekçesiyle ihlal kararları verilmiştir. Bununla birlikte, bebeklik dönemi aşlarına ilişkin kararlarda zaman içerisinde mahkemenin oy çoğunluk sayıları farklılık göstermiştir. Topuk kanı uygulamasıyla ilgili önüne gelen davada ise Mahkeme, bebeklik dönemi aşlarına ilişkin verdiği karardan farklı olarak, kanun hükmünde kararname ile yapılan değişikliği kanunilik ilkesine aykırı görmemiştir. Burada ortaya çıkan tabloya göre "tıbbi müdahalenin meşruluğu güçlendikçe kanuniliğin rafa kalktığı" yorumu yapılabilir. Zorunlu aşılarla ilişkin verilen karardan itibaren geçen 6 yılda herhangi bir kanuni düzenleme yapılmamıştır. COVID-19'a karşı yapılacak müdahalenin de kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. Bu noktada, kanunun şeklen olması yeterli değildir, maddi anlamda da niteliği önem arz etmektedir. Kanun eriş-

lebilir, öngörülebilir, keyfi davranışlara koruma sağlayan ve bir bütün olarak hukuk güvenliğini teminat altına alan nitelikte olmalıdır. Örnek olarak 1593 sayılı Kanun'un çiçek aşısını düzenleyen 88 ile 94. maddeleri arasındaki düzenleme rehberlik edebilir (mecburi aşı olma niteliği, yükümlülüğün zamanı, uygulanacak gruplar, aşı yaptırmayanların mahrum kalacakları özgürlükler gibi konulara yer verilmelidir).

> 13

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) aşı uygulamalarıyla ilgili içtihadını oluşturmuş ve aldığı kararlarla bu uygulamalara ilişkin birtakım ilkeler belirlemiştir.

AİHM yakın tarihte verdiği hükümde Çek Cumhuriyeti aleyhine yapılan bir başvuru kapsamında aşı ile ilgili değerlendirmesini ortaya koymuştur.¹ AİHM'in bu hususta benimsediği ilkelere bakıldığında aşı ile ilgili tıp bilimin o andaki görüşünü önemseydiği görülmektedir. Meşruluk açısından devletlerin takdir marjını dikkate almaktadır. Devletlerin aşı tercihine bakmakta ve ulusal yargının yeterli gerekçe verip vermediğini incelemektedir. Yaptırımların niteliğini de göz önünde bulundurmaktadır. Aşıların güvenilirliğini (faz 4 sağlaması gibi) ve aşı sonucu uğranılan zararlar ilgili bir yaptırım yolu öngörülmediğini incelemektedir. AİHM, her somut durumu kendi bağlamında yukarıdaki ilkelere göre inceleyip bir sonuca varacaktır.

> 14

Çalışma hayatı pandemiyle birlikte büyük bir dönüşüm yaşamasına rağmen COVID-19 ve COVID-19 aşısı uygulamalarına ilişkin herhangi bir yasal düzenleme bulunmamaktadır.

İş dünyası pragmatik ve pratiktir. Bu yönüyle, aşı olunup olunmamasından ziyade işlerin hızlı bir şekilde ilerlemesi iş dünyası açısından önem taşımaktadır. Mevcut durumda hukukumuzda COVID-19 aşısı ile ilgili bir yasal düzenleme bu-

¹ AİHM (Büyük Daire), Pavel Vavricka ve Diğerleri / Çek Cumhuriyeti, Başvuru No:47621/13, Karar Tarihi:08.04.2021.

lunmamaktadır. İşverenin COVID-19 virüsüne yakalanmış ya da aşı olmayı reddeden bir çalışanın iş sözleşmesini bu gerekçeyle feshedip feshedemeyeceğine ilişkin yasal düzenleme olmadan bu konularla mücadele etmek zorlayıcı olmaktadır. 6698 sayılı Kişisel Verileri Koruma Kanunu'na (KVKK) göre sağlıkla ilgili kişisel veriler işçinin izni olmadan işlenememektedir. KVKK'nın hazırlanmasında istifade edilen 95/46/EC Sayılı Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Serbest Dolaşımı Bakımından Bireylerin Korunması Avrupa Konseyi Direktifinde iş sağlığı gerekçesiyle kişisel verileri işlerken işçiden izin alınması gerekmediği ifade edilmektedir. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından ihdas edilen genel yazıda ise aşı uygulamasını zımnen zorunlu hale getiren hükümler yer almaktadır. Yazıda işverenlerin, işyerinde karşılaşılabilecek sağlık ve güvenlik risklerine yönelik koruyucu ve önleyici tedbirler hakkında tüm işçilerini bilgilendirmekle yükümlü oldukları hatırlatılmakta, işverenlerin COVID-19 aşısı tamamlanmamış işçilerini yazılı olarak ayrıca bilgilendirmesi istenmektedir. Bilgilendirme sonrasında aşı olmayan işçilere, kesin COVID-19 tanısı konması durumunun iş ve sosyal güvenlik mevzuatı açısından olası sonuçları da işveren tarafından bu durumdaki işçilere bildirilmelidir. COVID-19 aşısı olmayan işçilerden 6 Eylül 2021 tarihi itibarıyla zorunlu olarak haftada bir kez PCR testi yaptırmaları işyeri/işveren tarafından istenebilecek, test sonuçları gerekli işlemler yapılmak üzere işyerinde kayıt altında tutulacaktır. Bu koşulların sağlanması oldukça zordur. İşçiler yönünden, aşı olmaktan başka bir yol neredeyse kalmamaktadır.



TÜRKİYE İNSAN HAKLARI VE EŞİTLİK KURUMU

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu
Yüksel Cad. No: 23 | 06650 | Kızılay/ANKARA
Tel.: +90 312 422 78 00

www.tihek.gov.tr



/tihekkurumsal



/tihek_kurumsal



/tihekkurumsal



/tihekkurumsal