**T.C.**
**Ankara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü**

**Disiplinlerarası Adli Bilimler Anabilim Dalı**
**Sağlık Hukuku Tezli Yüksek Lisans Programı**

**Seminer Dersi**
*Ders kodu 754000717020, (2 saat / hafta, 2 kredi)*

Sorumlu öğretim üyesi : **Prof. Dr. Gürol CANTÜRK**
*Ankara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Adli Tıp AbD*

**2016 - 17 Akademik Yılı Güz Dönemi Dönem Sonu Ödevi**

# ANAYASA MAHKEMESİ'nin ZORUNLU AŞI UYGULAMASININ YASAL DÜZENLEME BULUNMAMASI NEDENİYLE HAK İHLALİ OLDUĞUNA İLİŞKİN BİREYSEL BAŞVURU ÜZERİNE VERDİĞİ KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

**Sunan : Ahmet SALTIK, *Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi***

Danışman - Sorumlu Öğretim Üyesi :

**Prof. Dr. Gürol CANTÜRK**
*Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi*
*Ankara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Adli Tıp AbD*

Ocak 2017, Ankara

## GİRİŞ

Anayasa Mahkemesi (AYM) 11 Kasım 2015'te, bebeklik - çocukluk dönemi aşılarını yaptırmak istemeyen anababanın bireysel başvurusu hakkında karar verdi. 24 Aralık 2015'te ise kararın gerekçesi açıklandı. (*http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/3153eea8-45d4-405d-904e-278df6360d37*)

Gerekçeli kararın açıklanmasının ardından, bu kararın etkilerine yönelik değerlendirmemiz ile yapılması gerekenlere ilişkin önerilerimizin paylaşılmasında yarar görülmektedir.

## BAŞVURUNUN KONUSU

Başvuru, velayet altında bulunan başvurucuya bebeklik dönemi aşılarının uygulanması anababa tarafından kabul edilmediği halde bu hususta Mahkemece sağlık tedbiri uygulanmasına karar verilmesi nedeniyle maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlali iddiasına ilişkindir.

Başvuru, 26.02.2013'te Sivaslı İcra Hukuk Mahkemesi eliyle yapılmıştır. Yönetsel yönden yapılan ön incelemede başvurunun Komisyona sunulmasına engel olacak eksikliğinin olmadığı görülmüştür. Dosya görüş için Adalet Bakanlığı'na gönderilmiş, davacının da Bakanlık görüşüne karşı bildirimi alınmıştır. AYM'nin 1. Bölümü davanın, niteliği gereği Genel Kurul'da görüşülmesini istemiştir (AYM İçtüzüğü m. 28/3).

## OLAYLAR

Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Uşak İl Müdürlüğünce 02.11.2012 havale tarihli dilekçe ile başvurucu çocuğun bebeklik dönemi aşılarının anababasınca yaptırılmadığından söz edilerek çocuk hakkında 3/7/2005 tarih ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Yasası m. 5/1/d uyarınca sağlık tedbirine karar verilmesi istenmiştir.

Sivaslı Asliye Hukuk Mahkemesinin 5/11/2012 tarihli ve E.2012/319, K.2012/235 sayılı kararıyla "Genişletilmiş Bağışıklama Programı"nda yer alan aşıların önemiyle ilgili olarak yapılan açıklama ve eğitime karşın anababalarınca aşı uygulanmasına izin verilmeyen çocukların 5395 sayılı yasanın md. 3/1/a bendi uyarınca korunma gereksinimli çocuk olarak kabulü gerektiğinden söz ederek çocuk hakkında, belirtilen Yasanın md. 5/1/d bendi gereğince sağlık tedbiri uygulanmasına karar verilmiştir.

Başvurucu tarafından, verilen tedbir kararı aleyhine yapılan itiraz Uşak Aile Mahkemesinin 7/1/2013 tarihli ve E.2013/15, K.2013/5 sayılı kararı ile reddedilmiş; ret kararı 30/1/2013 tarihinde başvurucu temsilcisine tebliğ edilmiştir.

26/2/2013 tarihinde AYM'ne **bireysel başvuruda** bulunulmuştur (AY md. 148).

Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Uşak İl Müdürlüğünce Anayasa Mahkemesine hitaben gönderilen 7/7/2015 tarihli yazı ekinde yer alan ve başvurucuya uygulanmasına karar verilen sağlık tedbirinin yürütümü kapsamında tutulan 24/6/2014 tarihli tutanakta, başvurucu temsilcisi ile yapılan görüşme sırasında, ilgili tedbir hakkında bireysel başvuruda bulunulduğunun belirtildiği, bunun üzerine durumun yetkili Halk Sağlığı Şube Müdürlüğüne bildirildiği, yapılan görüşme sonrasında bireysel başvuruya ilişkin başvuru evrakı ile birlikte tutulan tutanağın gönderilmesinin istenmesi üzerine durumun tutanağa bağlandığı belirtilmiştir.

Sağlık Bakanlığı Türkiye Halk Sağlığı Kurumu (**Halk Sağlığı Kurumu**) tarafından Anayasa Mahkemesine hitaben gönderilen 7/7/2015 tarihli yazıda -zorunlu aşı uygulamasının ve Sağlık Bakanlığı'nın 25/2/2008 tarihli ve 2008/4 sayılı ***Genişletilmiş Bağışıklama Programı*** konulu Genelgesinin yasal dayanağı bağlamında- 24/4/1930 tarihli ve 1593 sayılı ***Umumi Hıfzıssıhha Kanunu***'nun 1., 2. ve 3. maddeleri

çerçevesinde Bakanlığa verilen yetkilerden söz edilmiş; anılan Genelgenin uygulamaya konduğu tarihte yürürlükte olan 13/12/1983 tarihli ve 181 sayılı mülga Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile halen yürürlükte olan 11/10/2011 tarihli ve 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname hükümlerinden söz edilerek ***halk sağlığının korunması ve geliştirilmesi, hastalık risklerinin azaltılması ve önlenmesi***, sağlık riski oluşturan etmenlerle savaşılması, bulaşıcı ve bulaşıcı olmayan kronik hastalıklar ve belirli hastalık ve risk kümeleri ile ilgili izleme, inceleme, araştırma, bağışıklama ve denetim çalışmaları yapılması görevinin **Halk Sağlığı Kurumu**'na verildiği belirtilmiştir. Söz konusu yazıda ayrıca, 1593 sayılı yasanın 72. maddesinde yer alan "Hastalara veya hastalığa maruz bulunanlara serum ve aşı tatbiki" ifadesini içeren hükümle zorunlu aşı uygulamasının 1593 sayılı yasanın 57. maddesinde belirtilen hastalıklardan birinin görülmesi veya kuşkulanması durumunda alınacak önlemler arasında sayıldığı belirtilmiştir. Yanı sıra, 1593 sayılı yasanın 64. maddesi uyarınca 57. maddede belirtilen hastalıklardan başka bir hastalığın yayılması veya böyle bir tehlikenin baş göstermesi durumunda da ilgili hastalığa karşı 1593 sayılı yasada yer alan önlemlerin alınması görevinin de Sağlık Bakanlığına verildiği, söz konusu düzenleme karşısında md. 57'de. belirtilen hastalıklar dışında olmakla birlikte, öbür bulaşıcı ve salgın hastalıkların da zorunlu aşı uygulaması kapsamında değerlendirilebilmesi olanağı bulunduğu belirtilmiştir.

**İlgili Mevzuat - Hukuk**

5395 sayılı yasanın "Tanımlar" başlıklı md. 3/1/a bendinin (1) sayılı alt bendi şöyle:

"(1) Bu yasanın uygulanmasında;

a) **Çocuk**: Daha erken yaşta ergin olsa bile, on sekiz yaşını doldurmamış kişiyi; bu kapsamda,

1. ***Korunma gereksinimi olan çocuk***: Bedensel, zihinsel, ahlaksal, sosyal ve duygusal gelişimi ile kişisel güvenliği tehlikede olan, ihmal veya istismar edilen ya da suç mağduru çocuğu ifade eder.

5395 sayılı yasanın "Koruyucu ve destekleyici tedbirler" başlıklı md. 5/1/d bendi şöyledir:

"(1) Koruyucu ve destekleyici tedbirler, çocuğun öncelikle kendi aile ortamında korunmasını sağlamaya yönelik danışmanlık, eğitim, bakım, sağlık ve barınma konularında alınacak tedbirlerdir. Bunlardan;

d) **Sağlık tedbiri**, çocuğun fiziksel ve ruhsal sağlığının korunması ve tedavisi için gerekli geçici veya sürekli tıbbî bakım ve rehabilitasyonuna, bağımlılık yapan maddeleri kullananların tedavilerinin yapılmasına yönelik tedbirdir."

11/4/1928 tarihli ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesinin ilk cümlesi şöyledir:

"Tabipler, diş tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evvelemirde muvafakatını alırlar."

1593 sayılı yasanın 57. maddesi şöyledir: "Kolera, veba, lekeli humma, karahumma sürekli basil çıkaran mikrop taşıyıcıları dahi - paratifo humması veya her nevi gıda maddeleri tesemmümatı, çiçek, difteri, sari beyin humması, uyku hastalığı, dizanteri, loğusa humması ruam, kızıl, şarbon, çocuk felci, kızamık, cüzam, dönek humma ve Malta humması hastalıklarından biri oluşur veya bunların birinden kuşku duyulur veyahut bu hastalıklardan ölüm görülür veya ölümün bu hastalıklardan biri nedeniyle oluştuğundan şüphe olunursa aşağıdaki maddelerde sayılan kimseler vakayı haber vermeğe zorunludur. Kudurmuş veya kuduz şüpheli bir hayvan tarafından ısırılmaları, kuduza müptela hastaların veya kuduzdan ölenlerin ihbarı da

mecburidir."

1593 sayılı yasanın 64. maddesi şöyledir: "57 nci maddede zikredilenlerden başka herhangi bir hastalık yayılmacı şekil aldığı veya böyle bir tehlike baş gösterdiği takdirde o hastalığın veya herhangi bir hastalık şeklinin memleketin her yanında veya bir kısmında ihbarı mecburi olduğunu neşrü ilâna ve o hastalığa karşı bu kanunda geçen önlemlerin tümünü veya bir bölümünü uygulamaya Sıhhat ve İçtimai Muavenet Vekaleti salahiyettardır."

1593 sayılı yasanın md. 72/1/2. bendi şöyledir:

"57 nci maddede sayılan hastalıklardan biri görüldüğü veya zuhurundan şüphelenildiği takdirde aşağıda gösterilen tedbirler tatbik olunur:

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

1593 sayılı yasanın 88-94. maddeleri.

1/8/1998 tarihli ve 23420 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan ***Hasta Hakları Yönetmeliği***'nin "İlkeler" kenar başlıklı md. 5/1/d bendi şöyledir:

**"Sağlık hizmetlerinin sunulmasında aşağıdaki ilkelere uyulması şarttır:** .

d) Tıbbi zorunluluklar ve yasalarda yazılı haller dışında, ***rızası olmaksızın*** kişinin vücut bütünlüğüne ve diğer kişilik haklarına dokunulamaz."

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin *"Rızası olmaksızın tıbbi ameliyeye tabi tutulmama"* kenar başlıklı 22. maddesinin 1. fıkrası şöyledir:

"Yasada gösterilen istisnalar dışında kimse, ***rızası olmaksızın*** ve verdiği rızaya uygun olmayan bir şekilde tıbbi ameliyeye tabi tutulamaz."

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin ***"Hastanın rızası ve izin"*** kenar başlıklı 24. maddesi şöyledir:

"Tıbbi müdahalelerde hastanın rızası gerekir. Hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınır. Hastanın, velisinin veya vasisinin olmadığı veya hazır bulunamadığı veya hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde, bu şart aranmaz. Yasal temsilcinin rızasının yeterli olduğu hallerde bile, anlatılanları anlayabilecekleri ölçüde, küçük veya kısıtlı olan hastanın dinlenmesiyle olanak olduğu ölçüde bilgilendirme sürecine ve tedavisi ile ilgili alınacak kararlara katılımı sağlanır.

Sağlık kurum ve kuruluşları tarafından engellilerin durumuna uygun bilgilendirme yapılmasına ve **rıza** alınmasına yönelik gerekli tedbirler alınır. Yasal temsilci tarafından rıza verilmeyen hallerde, müdahalede bulunmak tıbben gerekli ise, velayet ve vesayet altındaki hastaya tıbbi müdahalede bulunulabilmesi; Türk Medeni Kanunu'nun 346 ncı ve 487 inci maddeleri uyarınca mahkeme kararına bağlıdır.

Tıbbi müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbî müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekleri göz önüne alınır. Yeterliğin zaman zaman yitirildiği yineleyici hastalıklarda, hastadan yeterliği olduğu dönemde onu yitirdiği dönemlere ilişkin yapılacak tıbbi müdahale için rıza vermesi istenebilir. Hastanın rızasının alınamadığı yaşamsal tehlikesinin bulunduğu ve bilincinin kapalı olduğu acil durumlar ile hastanın bir organının yitimine veya işlevini yerine getiremez hale gelmesine yol açacak durumun varlığı halinde, hastaya tıbbi müdahalede bulunmak ***rızaya bağlı değildir***. Bu durumda hastaya gerekli tıbbi müdahale yapılarak durum kayıt altına alınır. Ancak bu durumda, mümkünse hastanın

orada bulunan yakını veya yasal temsilcisi; olanak olmadığı takdirde de tıbbi müdahale sonrasında hastanın yakını veya yasal temsilcisi bilgilendirilir. Ancak hastanın bilinci açıldıktan sonraki tıbbi müdahaleler için hastanın yeterliği ve ifade edebilme gücüne bağlı olarak rıza işlemlerine başvurulur."

**Hasta Hakları Yönetmeliği**'nin "Tedaviyi reddetme ve durdurma" kenar başlıklı 25. maddesi şöyledir:

"Yasal zorunlu durumlar dışında ve doğabilecek olumsuz sonuçların sorumluluğu hastaya ait olmak üzere; hasta kendisine uygulanması planlanan veya uygulanmakta olan tedaviyi reddetmek veya durdurulmasını istemek hakkına sahiptir. Bu halde, tedavinin uygulanmamasından doğacak sonuçların hastaya veya yasal temsilcilerine veyahut yakınlarına anlatılması ve bunu gösteren yazılı belge alınması gerekir. Bu hakkın kullanılması, hastanın sağlık kuruluşuna tekrar başvurusunda hasta aleyhine kullanılamaz."

663 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 2. maddesinin (1) numaralı fıkrası ile (2) numaralı fıkrasının (a) bendi şöyledir:

"(1) Bakanlığın görevi; herkesin bedensel, zihinsel ve toplumsal bakımdan tam bir iyilik durumu içinde yaşamını sürdürmesini sağlamaktır.

(2) Bu kapsamda Bakanlık;

(a) Halk sağlığının korunması ve geliştirilmesi, hastalık risklerinin azaltılması ve önlenmesi,

İle ilgili olarak sağlık sistemini yönetir ve politikaları belirler."

663 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 26. maddesinin (1) numaralı fıkrası ile (2) numaralı fıkrasının (a) ve (c) bentleri şöyledir:

Bakanlık politika ve hedeflerine uygun olarak, temel sağlık hizmetlerini yürütmekle görevli, Bakanlığa bağlı **Türkiye Halk Sağlığı Kurumu** kurulmuştur. Kurumun görev, yetki ve sorumlulukları şunlardır :

(a) Halk sağlığını korumak ve geliştirmek, sağlık için risk oluşturan faktörlerle mücadele etmek,
(c) Bulaşıcı, bulaşıcı olmayan, kronik hastalıkla ve kanser ile anne, çocuk, ergen, yaşlı ve engelli gibi risk gruplarıyla ilgili olarak izleme, sürveyans, inceleme, araştırma, bağışıklama ve kontrol çalışmaları yapmak, bununla ilgili verilerin toplanmasını sağlamak, belirlenen hedefler doğrultusunda plan ve programlar hazırlamak, uygulamaya koymak, denetlenmesini sağlamak, değerlendirmek, gerekli önlemleri almak, bu konuda politika ve düzenlemelerin oluşturulması için Bakanlığa teklifte bulunmak."

3/12/2003 tarihli ve 5013 sayılı Yasa ile uygun bulunarak, Onay Yasası 20/4/2004'te yürürlüğe giren ***Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi'nin (Biyotıp Sözleşmesi)*** "Genel kural" kenar başlıklı 5. maddesi şöyledir:

"Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş olarak muvafakat vermesinden sonra yapılabilir. Bu kişiye, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında önceden uygun bilgiler verilmelidir. İlgili kişi onayını her zaman, serbestçe geri alabilir."

**Biyotıp Sözleşmesi**'nin "Muvafakat verme yeteneği olmayan kişilerin korunması" kenar başlıklı 6. maddesi şöyledir:

"1) Muvafakat verme yeteneğine sahip olmayan bir kimse üzerinde tıbbî müdahale, aşağıdaki 17 ve 20'nci maddelere uygun olarak, sadece onun ***doğrudan yararı*** için yapılabilir.

2) Yasal olarak bir müdahaleye muvafakat verme yeteneği bulunmayan bir küçüğe, sadece temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen yetkili makam, kişi veya kurumun izni ile müdahalede bulunulabilir. Küçüğün fikri, yaşı ve olgunluk derecesiyle orantılı bir şekilde artan belirleyici bir etken olarak dikkate alınmalıdır.

3) Bir yetişkin, yasal olarak akıl hastalığı, bir hastalık veya benzer nedenlerden dolayı müdahaleye muvafakat etme yeteneğine sahip değilse, ancak temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen yetkili makam, kişi veya kurumun izni ile müdahalede bulunulabilir. İlgili kişi, mümkün olduğu kadar izin verme sürecine katılmalıdır.

4) Madde 5'de belirtilen bilgiler, benzer koşullarda yukarıda 2'nci ve 3'üncü paragraflarda belirtilen temsilci, yetkili makam, kişi veya kuruma da verilmelidir.

5) Yukarıda 2'nci ve 3'üncü paragraflarda belirtilen izin, ilgili kişinin menfaatine daha uygun olacaksa her zaman geri çekilebilir."

**Biyotıp Sözleşmesi**'nin ***"Acil durum"*** kenar başlıklı 8. maddesi şöyledir:

"Acil bir durum nedeniyle uygun muvafakat alınamadığında, ilgili kişinin sağlığı için gerekli olan herhangi bir tıbbî müdahale derhal yapılabilir."

Sağlık Bakanlığının 25/2/2008 tarihli ve 2008/4 sayılı *Genişletilmiş Bağışıklama Programı konulu Genelgesi*.

**Başvurucunun İddiaları**

-Başvurucu temsilcisi, velayeti altında bulunan başvurucu çocuğa bebeklik dönemi aşılarının uygulanmasını kabul etmediği hâlde bu hususta Mahkemece sağlık tedbiri uygulanmasına karar verildiğini,

- Anayasa'nın 17. maddesi uyarınca tıbbi zorunluluklar ve yasada yazılı hâller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağını

- Rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağını,

- Belirtilen bu zorunlu hâllerin ise 1593 sayılı yasanın 72. maddesinin göndermesiyle 57. maddesinde yer verilen hastalıklardan birinin söz konusu olması durumunda gündeme gelebileceğini,

- Somut olayda böyle bir durum bulunmamasına rağmen çocuk hakkında sağlık tedbiri uygulandığını,

- Ayrıca başvurucu çocuk 5395 sayılı yasa kapsamında korunmaya muhtaç çocuk durumunda olmadığı hâlde bu kapsamda kabul edilerek Mahkemece hukuka aykırı şekilde hatalı yorum yapıldığını,

- Hukuki isabet bulunmayan tedbir kararı nedeniyle başvurucunun vücut bütünlüğünün ihlal edildiğini belirterek

- Anayasa'nın 17. maddesinde tanımlanan maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi ***hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir***.

**AYM'nin Değerlendirmesi**

**Kabul Edilebilirlik Yönünden**

30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un "Bireysel başvuru hakkına sahip olanlar" başlıklı 46. maddesinde bireysel başvuru hakkına sahip olabilecek süjeler açıkça belirtilmiş olup bireysel başvuruda bulunulabilmesi için başvuruya konu edilen ve ihlale yol açtığı ileri sürülen kamu gücü eylem veya işleminden ya da ihmalinden dolayı başvurucunun güncel bir hakkının ihlal edilmesi ve bu ihlalden dolayı başvurucunun kişisel olarak ve doğrudan etkilenmiş olması koşullarının mevcudiyeti aranmaktadır.

Kamu makamlarının başvurucu aleyhine belirli adımlar atmaya karar verdiği ve müdahalenin yalnızca kararın icrasından ya da infazından ibaret olacağı durumlarda, ilgili temel hakka yönelik işlemden doğrudan etkilenme tehdit veya tehlikesiyle karşı karşıya olunduğu açıktır.

Somut başvuru açısından da Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Uşak İl Müdürlüğünce başvurucu çocuğun bebeklik aşılarının anne ve babası tarafından yaptırılmadığı belirtilerek çocuk hakkında sağlık tedbiri uygulanmasına karar verilmesinin talep edildiği, Sivaslı Asliye Hukuk Mahkemesinin 5/11/2012 tarihli kararıyla "Genişletilmiş Bağışıklama Programı" nda yer alan aşıların önemiyle alakalı açıklama ve eğitime rağmen ebeveynleri tarafından aşı uygulanmasına izin verilmeyen çocukların korunmaya muhtaç çocuk olarak kabulü gerektiğinden bahisle çocuk hakkında sağlık tedbiri ve bu bağlamda bebeklik dönemi aşılarının uygulanmasına karar verildiği görülmektedir. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Uşak İl Müdürlüğü tarafından Anayasa Mahkemesine hitaben gönderilen 7/7/2015 tarihli yazı ekinde yer alan ve başvurucuya tatbikine karar verilen sağlık tedbirinin infazı kapsamında tutulan 24/6/2014 tarihli tutanakta, söz konusu sağlık tedbirinin uygulanması kapsamında başvurucu temsilcisi ile yapılan görüşme sırasında, ilgili tedbir hakkında bireysel başvuruda bulunulduğunun belirtildiği, bunun üzerine durumun yetkili halk sağlığı şube müdürlüğüne bildirildiği, yapılan görüşme sonrasında bireysel başvuruya ilişkin başvuru evrakı ile tutulan tutanağın birlikte gönderilmesinin talep edilmesi üzerine durumun tutanağa bağlandığının belirtildiği ve bu kapsamda başvurucunun vücut bütünlüğüne yönelik müdahalenin fiilen gerçekleşmemiş olduğu anlaşıldığından sağlık tedbiri uygulamasına ilişkin kesinleşen karar ile birlikte başvurucunun vücut bütünlüğüne yönelik söz konusu müdahaleden doğrudan etkilenme tehdit veya tehlikesiyle karşı karşıya olduğu ve devam eden süreçte karşılaşılacak işlemin kararın icrasından ibaret olacağı görüldüğünden başvurucunun, söz konusu kamusal işlem nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkının doğrudan etkilendiği, dolayısıyla başvuruya konu ihlal iddiasının Anayasa Mahkemesinin kişi bakımından yetkisi kapsamında olduğu anlaşılmaktadır.

Başvurunun incelenmesi neticesinde açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşıldığından başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

**Esas Yönünden**

Başvurucu temsilcisi, velayeti altında bulunan başvurucu çocuğa rızası olmaksızın aşı uygulanmasına ilişkin karar nedeniyle Anayasa'nın 17. maddesinin ihlal edildiğini iddia etmiştir.

Bakanlık görüş yazısında kişinin vücut bütünlüğüne karşı yapılan tıbbi müdahalelerin de özel hayat kapsamında değerlendirilmesi gerektiği belirtilerek benzer konularda AİHM tarafından incelenen dava ve karar örneklerine yer verilmiş, başvuruya konu uygulamanın 5395 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi ve 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (d) bendi kapsamında, benimsenen sağlık politikası çerçevesinde küçük yaştaki çocukların ve dolayısıyla toplumun sağlığını koruma şeklindeki meşru amaca dayanarak gerçekleştirildiği, söz konusu aşıların doğan her çocuğa yapıldığı, çocukların gelişme çağında karşılaşabilecekleri muhtemel hastalıklara karşı bir önlem niteliğinde olan müdahalenin bu yönüyle gerekli olduğu ifade edilmiştir.

Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı sunduğu beyan dilekçesinde, özellikle başvuruya konu uygulamanın kanuni dayanağı olduğu noktasındaki tespitlere karşı çıkmış; ne 5395 sayılı Kanun'un korunmaya muhtaç çocuklara sağlık tedbiri uygulanması konusunda genel nitelikteki düzenlemesinin ne de 1593 sayılı Kanun'un ilgili hükümlerinin zorunlu aşı uygulamasına mesnet olacağını belirtmiş ve dilekçe ekinde aynı yönde tespitler içeren uzman görüşü ile aşı uygulaması kapsamında 5395 sayılı Kanun uyarınca sağlık tedbiri uygulanması yönündeki taleplerin, zorunlu aşı uygulamasının kanuni dayanağı bulunmadığından bahisle reddine dair derece mahkemesi karar örnekleri ibraz etmiştir.

Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin (1) numaralı fıkrası hükümlerine göre Anayasa Mahkemesine yapılan bir bireysel başvurunun esasının incelenebilmesi için kamu gücü tarafından müdahale edildiği iddia edilen hakkın Anayasa'da güvence altına alınmış olmasının yanı sıra Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Sözleşme) ve Türkiye'nin taraf olduğu ek protokollerin kapsamına girmesi gerekir. Bir başka ifadeyle Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı dışında kalan bir hak ihlali iddiasını içeren başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi mümkün değildir (Onurhan Solmaz, B. No: 2012/1049, 26/3/2013, § 18).

Anayasa'nın "Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı" kenar başlıklı md. 17 fıkra 1 ve 2 şöyledir:

"Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tabi tutulamaz."

Sözleşme'nin "Özel ve aile hayatına saygı hakkı" kenar başlıklı 8. maddesi şöyledir:

"(1) Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

(2) Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir."

Özel hayat kavramı eksiksiz bir tanımı bulunmayan geniş bir kavram olup özel yaşama saygı hakkı kapsamında korunan hukuksal çıkarlardan biri de bireyin fiziksel ve ruhsal bütünlük hakkıdır. Bu hak kapsamında devlet için söz konusu olan yükümlülük, sadece belirtilen hakka keyfî surette müdahaleden kaçınmakla sınırlı olmayıp öncelikli olan bu negatif yükümlülüğe ek olarak özel hayata etkili bir biçimde saygının sağlanması bağlamında pozitif yükümlülükleri de içermektedir. Söz konusu pozitif yükümlülükler, bireyler arası ilişkiler alanında olsa da özel hayata saygıyı sağlamaya yönelik tedbirlerin alınmasını zorunlu kılar (Sevim Akat Eşki, B. No: 2013/2187, 19/12/2013, § 26; Ercan Kanar, B. No: 2013/533, 9/1/2014, § 52; Serap Tortuk, B. No: 2013/9660, 21/1/2015, § 31; benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. X ve Y/Hollanda, B. No: 8978/80, 26/3/1985, §§ 23, 24, 27).

Özel yaşama saygı hakkı alt kategorisinde geçen "özel yaşam" kavramı AİHM tarafından da oldukça geniş yorumlanmakta ve bu kavrama ilişkin tüketici bir tanım yapmaktan özellikle kaçınılmaktadır (Koch/Almanya, B. No: 497/09, 19/7/2012, § 51). Bununla birlikte Sözleşme'nin denetim organlarının içtihatlarında, "bireyin kişiliğini geliştirmesi ve gerçekleştirmesi" kavramının, özel yaşama saygı hakkının kapsamının belirlenmesinde temel alındığı anlaşılmaktadır. Özel yaşamın korunması hakkının sadece mahremiyet hakkına indirgenemeyeceği gerçeği karşısında, kişiliğin serbestçe geliştirilmesiyle uyumlu birçok hukuksal çıkar bu hakkın kapsamına dâhil edilmiştir. Bu bağlamda kişinin vücut bütünlüğüne ilişkin hukuksal çıkarı da özel hayata saygı hakkı kapsamında güvence altına alınmaktadır.

Özel hayat alanına dâhil olan tüm hukuksal çıkarlar Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında güvence altına alınmakla birlikte söz konusu hukuksal çıkarların Anayasa'nın farklı maddelerinin koruma alanına girdiği görülmektedir. Bu bağlamda Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu belirtilmekte olup bu düzenlemede yer verilen maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme hakkı, Sözleşme'nin 8. maddesi çerçevesinde özel yaşama saygı hakkı kapsamında güvence altına alınan fiziksel ve ruhsal bütünlük hakkı ile bireyin kendisini gerçekleştirme ve kendisine ilişkin kararlar alabilme hakkına karşılık gelmektedir. Bunun yanı sıra Anayasa'nın 17. maddesinin ikinci fıkrasında tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı hâller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı ve rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağı belirtilmek suretiyle fiziksel ve ruhsal bütünlük hakkı açısından özel bir güvence hükmüne yer verilmiştir.

Özel yaşam fiziksel ve ruhsal özerkliği de kapsamakta, bu hak bireyleri gerek kamusal makamların gerek özel hukuk kişilerinin fiziksel ve ruhsal bütünlüğe yönelik saldırılarına karşı korumakta ve söz konusu hukuksal çıkar, tıbbi müdahaleyi ret hakkını da içermektedir.

Tıbbi müdahaleyi ret hakkı kapsamında fiziksel ve ruhsal bütünlüğe yönelik müdahaleler

Sözleşme organlarının içtihadına da sıklıkla konu olmuş, bu kapsamda kişinin alkollü olup olmadığına yönelik kan ve nefes testleri, babalığın tespitine yönelik tahliller, suç faillerinin tespitine yönelik kan ve tükürük örneği temini, bulaşıcı hastalık riskine karşı yapılan kan testleri ve alınan röntgenler, jinekolojik muayene, psikiyatrik muayene ve tedavi, fiziksel tedavi ve ilaç tedavisi gibi kişiye rızası olmaksızın uygulanan tıbbi muameleler, fiziksel ve ruhsal özerkliğe bir müdahale olarak değerlendirilmiştir (Schmidt/Almanya, B. No. 32352/02, 5/1/2006; X./Avusturya, B. No: 8278/78, 13/12/1979, § 4; Glass/Birleşik Krallık, B. No: 61827/00, 9/3/2004, § 70; Y.F./Türkiye, B. No: 24209/94, 22/7/2003, § 34).

Söz konusu değerlendirmelerde AİHM'nin, fiziksel ve ruhsal bütünlüğün özel yaşamın en mahrem ve sıkı koruma gerektiren yönünü oluşturduğunu ve zorunlu tıbbi müdahalelerin -söz konusu müdahalenin boyutu

ne kadar küçük olursa olsun- belirtilen hakka müdahale teşkil edeceğini belirttiği görülmektedir (Solomakhin/Ukrayna, B. No: 24429/03, 15/3/2012, § 33; Y.F./Türkiye, § 33).

Anayasa'nın 17. maddesi hükmü genel olarak fiziksel ve ruhsal bütünlüğü güvence altına almakla birlikte, ikinci fıkra düzenlemesi tıbbi zorunluluklar veya kanunda yazılı hâller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağını ve rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağını belirtmek suretiyle tıbbi müdahaleyi ret hakkına ve kişilerin kendi bedenleri üzerinde karar verme yetkisi olduğuna, istisna tanımak suretiyle açıkça işaret etmektedir.

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

Somut başvuru açısından, ebeveyni tarafından bebeklik dönemi aşılarının uygulanmasına muvafakat edilmeyen başvurucu hakkında, bebeklik dönemi aşılarının yapılması hususunda zorunlu sağlık tedbiri uygulanmasının, başvurucunun maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkına bir müdahale oluşturduğu açıktır.

Zorunlu aşı uygulamalarının Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında AİHM içtihadına da konu edildiği ve Mahkemece, uygulanan tıbbi müdahalenin boyutuna bakılmaksızın söz konusu müdahalenin fiziksel bütünlük hakkına bir müdahale teşkil ettiği tespitine yer verildiği görülmektedir. Mahkemece ele alınan ve kanunilik şartını sağladığı tespit edilen müdahaleler açısından genel olarak, söz konusu uygulamanın bireyin ve toplumun sağlığını korumaya ilişkin meşru amaç nazara alınarak yapılan dengelemede, bireyin vücut bütünlüğünün korunmasına ilişkin menfaat karşısında kamu sağlığının korunması şeklindeki menfaate üstünlük tanındığı ve söz konusu müdahalelerin özel hayata saygı hakkını ihlal etmediğine hükmedildiği görülmektedir (Boffa ve diğerleri/San Marino, B. No: 26536/95, 15/1/1998, § 4; Solomakhin/Ukrayna, B. No: 24429/03, 15/3/2012, §§ 33-38).

Tıbbi müdahalelere ilişkin gerek ulusal gerek uluslararası alandaki mevzuat hükümleri rıza unsurunu temel şart olarak öngörmekte, velayet veya vesayet altındaki küçük yaştaki çocuklara veya kısıtlılara uygulanacak müdahaleler açısından da kanuni temsilcilerin rızası söz konusu tıbbi muamele sujesinin rızası yerine ikame edilmekte ve rıza şartına istisna getirilebilecek hâller genel olarak acil durumlar bağlamında tıbbi zorunluluk hâlleri ile kanunda belirtilen durumlarla sınırlandırılmaktadır (§§ 15, 20-26).

Hastanın rızası olmaksızın yapılan tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunu sağlayan hâllerden biri olarak kabul edilen tıbbi zorunluluk kavramının ise genel olarak hastanın rızasının alınmasının mümkün olmadığı, ancak müdahalede bulunulmaması durumunda telafisi güç zararların doğacağı ve çoğu zaman hastanın yaşamını yitirmesinin söz konusu olacağı durumları ifade etmek üzere kullanıldığı görülmektedir.

**Anayasa'nın 17. maddesinde** de ***tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı hâller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı*** belirtilmiştir. Söz konusu düzenlemede özel sınırlama sebepleri öngörülmemiş olmakla birlikte kanun ile düzenleme hükmüne yer verilmiş olup bu kapsamda yapılan müdahalelerin meşruluğunun denetlenmesinde, Anayasanın 13. maddesinde yer alan güvence ölçütlerinin dikkate alınması zorunludur.

Anayasa'nın **"Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması"** kenar başlıklı 13. maddesi şöyledir:

*"Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."*

Belirtilen Anayasa hükmü, hak ve özgürlükleri sınırlama ve güvence rejimi bakımından temel öneme sahip olup Anayasada yer alan bütün hak ve özgürlüklerin yasa koyucu tarafından hangi ölçütler göz önünde bulundurularak sınırlandırılabileceğini ortaya koymaktadır. Anayasanın bütünselliği ilkesi çerçevesinde, Anayasa kurallarının bir arada ve hukukun genel kuralları göz önünde tutularak uygulanması zorunlu olduğundan belirtilen düzenlemede yer alan başta kanun ile sınırlama kaydı olmak üzere tüm güvence ölçütlerinin, Anayasa'nın 17. maddesinde yer verilen hakkın kapsamının belirlenmesinde de gözetilmesi gerektiği açıktır (Sevim Akat Eşki, § 35).

Hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlanması ölçütü anayasa yargısında önemli bir yere sahiptir. Hak ya da özgürlüğe bir müdahale söz konusu olduğunda öncelikle tespiti gereken husus, müdahaleye yetki veren bir yasa hükmünün yani müdahalenin hukuki bir temelinin mevcut olup olmadığıdır (Sevim Akat Eşki, § 36).

Sözleşme'nin lafzı ve AİHM içtihadı uyarınca da Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında yapılacak bir müdahalenin meşruluğu, öncelikle söz konusu müdahalenin yasa uyarınca gerçekleştirilmesine bağlı tutulmuş olup müdahalenin hukukilik unsurunu taşımadığının tespiti hâlinde Sözleşmenin 8. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan diğer güvence ölçütleri tetkik edilmeksizin müdahalenin ilgili maddeye aykırı olduğu sonucuna ulaşılmaktadır (Y.F./Türkiye, § 44).

Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında yapılan bir müdahalenin kanunilik şartını sağladığının kabulü için de müdahalenin kanuni bir dayanağının bulunması zaruridir. Bununla birlikte temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin kanunların şeklen var olması yeterli değildir. Kanunilik ölçütü aynı zamanda maddi bir içeriği de gerektirmekte olup bu noktada kanunun niteliği önem kazanmaktadır. Kanunla sınırlama ölçütü, sınırlamanın erişilebilirliğini, öngörülebilirliğini ve kesinliğini ifade etmekte; böylece uygulayıcının keyfî davranışlarının önüne geçtiği gibi kişinin hukuku bilmesine de yardımcı olmakta, bu yönüyle hukuk güvenliği teminatı sağlamaktadır.

Kanunun, bu gerekliliklere uygun olduğunun söylenebilmesi için yeterince ulaşılabilir olması yani vatandaşların belirli bir olaya uygulanabilir nitelikteki hukuk kurallarının varlığı hakkında yeterli bilgiye sahip olabilmesi, ayrıca ilgili normun keyfîliğe karşı uygun bir koruma sağlaması, yetkili makamlara verilen yetkinin genişliğini ve icra edilme biçimlerini yeterli bir netlikte tanımlaması gerekmektedir (Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. Silver ve diğerleri/Birleşik Krallık, B. No: 5947/72, 25/3/1983, §§ 86-88; Malone/ Birleşik Krallık, B. No: 8691/79, 2/8/1984, §§ 66-68; Rotaru/Romanya [BD], B. No: 28341/95, 4/5/2000, § 55).

Hukukun kendisi, beraberinde getireceği idari pratiğin dışında, söz konusu işlemin meşru amacını da göz önünde tutarak keyfî müdahalelere karşı bireyi korumak için yetkili makamlara bırakılan takdir yetkisinin kapsamını yeterince açık bir şekilde göstermelidir. Hukuk sistemi vatandaşlara, kamu makamlarına hangi koşullarda ve hangi sınırlar içinde vücut bütünlüğüne yönelik olan ve potansiyel olarak özel yaşama karşı tehlike oluşturabilecek müdahalelerde bulunma yetkisi verdiğini, yeterince açık ifadelerle gösterecek nitelikte olmalı ve bu bağlamda ilgili müdahalenin muhataplarının müdahaleye zemin hazırlayan koşullar ile müdahalenin sonuçları açısından bir öngörüde bulunabilmeleri imkânı tanımalıdır.

Bununla birlikte her ihtimale çözüm getiremeyecek olan yasal mevzuatın sağladığı koruma seviyesi büyük ölçüde ilgili metnin düzenlediği alan ve içeriğiyle birlikte muhataplarının niteliği ve sayısıyla yakından bağlantılıdır. Bu nedenle kuralın karmaşık olması ya da belirli ölçülerde soyutluk içermesi ve buna bağlı olarak hukuki yardım ile tam olarak anlaşılabilir hâle gelmesi tek başına hukuken öngörülebilirlik ilkesine aykırı görülemez. Bu kapsamda hak ya da özgürlüğe müdahale eden kural belirli ölçülerdeki takdir alanını elbette uygulayıcıya bırakabilir. Fakat bu takdir alanının sınırlarının da yeterli açıklıkta belirlenmesi ve kuralın asgari bir kesinlik içermesi zaruridir.

Bu kapsamda ilgili kanuni düzenlemenin, söz konusu sınırlamaya ilişkin temel çerçeveyi ortaya koymakla birlikte özellikle uygulama koşulları ve usule ilişkin ayrıntıları düzenleyici işlemlere bırakması mümkündür. Ancak bu ihtimalde de söz konusu düzenleyici işlemin, yine muhataplarınca ulaşılabilir olması ve içeriği hakkında ilgilileri yeterince aydınlatacak nitelik ve açıklıkta olması gerekmektedir.

Başvuruya konu idari ve yargısal süreçte, başvurucuya aşı uygulaması yapılması hususundaki talep ve kararların, 5395 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinin (1) numaralı alt bendi ve 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (d) bendi temelinde oluşturulduğu görülmektedir. Söz konusu düzenlemelerde bedensel, zihinsel, ahlaki, sosyal ve duygusal gelişimi ile kişisel güvenliği tehlikede olan, ihmal veya istismar edilen ya da suç mağduru çocuklar korunmaya muhtaç çocuk olarak tanımlanmakta ve çocuğun fiziksel ve ruhsal sağlığının korunması ve tedavisi için gerekli geçici veya sürekli tıbbi bakım ve rehabilitasyonuna, bağımlılık yapan maddeleri kullananların tedavilerinin yapılmasına yönelik olarak sağlık tedbiri uygulanabileceği belirtilmektedir. Somut başvuru açısından da başvurucuya bebeklik dönemi aşılarının uygulanmasının ebeveyn tarafından reddi üzerine, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Uşak İl Müdürlüğü tarafından ebeveynlerince aşı uygulamasına izin verilmeyen çocukların korunmaya muhtaç çocuk olarak kabulü gerektiği belirtilerek 5395 sayılı Kanun kapsamında sağlık tedbiri uygulanması isteminde bulunulduğu, ilgili İlk Derece Mahkemesi tarafından da aynı gerekçeyle sağlık tedbiri

uygulanmasına hükmedilerek kararın itiraz kanun yolundan geçerek kesinleştiği, bu bağlamda başvurucunun, söz konusu uygulamanın yasal temeli olmadığı ve idari düzenlemelerle bir sınırlama öngörüldüğü noktasındaki itirazlarının da yargı mercilerince dikkate alınmadığı anlaşılmaktadır.

Zorunlu aşı uygulaması ebeveyn tarafından reddedilen çocukların, 5395 sayılı Kanun kapsamında korunmaya muhtaç çocuk olarak değerlendirilmesi noktasında da kamu makamları ve başvurucu arasında görüş birliği bulunmamakla birlikte, esasen uygulanacak tıbbi müdahalenin türü ve kapsamı hakkında bir açıklamada bulunulmaksızın çocuğun fiziksel ve ruhsal sağlığının korunması ve tedavisi için gerekli geçici veya sürekli tıbbi bakım ve rehabilitasyonunu içerecek şekilde, genel olarak sağlık tedbirine hükmedileceğine işaret eden söz konusu düzenlemenin, somut başvuruda olduğu gibi doğan her çocuğa belirli bir yaş periyoduna bağlı olarak ve ebeveynin rızası hilafına, ilgili idarece belirlenecek olan her türlü aşının tatbiki yetkisi verildiği şeklinde anlaşılması olanaklı değildir. Aksinin kabulü hâlinde uygulanacak tıbbi müdahalenin tür ve kapsamı belirsiz olacak şekilde, rıza verilmeyen müdahale türlerinin gündeme gelmesi muhtemeldir.

Bu kapsamda somut başvuru açısından 5395 sayılı Kanun'un ilgili hükümlerinin, başvuruya konu müdahalenin yasal temelinin ihtiva etmesi gereken unsurlardan olan ***öngörülebilirlik*** niteliğini taşımadığı anlaşıldığından Anayasa'nın 17. maddesi anlamında müdahalenin meşruiyet unsurlarından biri olan ***yasallık koşulu***nu sağlamadığı anlaşılmaktadır.

**Zorunlu aşı uygulamasının yasal temeli** bağlamında Halk Sağlığı Kurumu tarafından gönderilen yazı içeriğinde belirtilen ve başvurucu tarafından da tartışma konusu yapılan 1593 sayılı Kanun'un 57. ve 72. maddeleri ile Sağlık Bakanlığının 25/2/2008 tarihli ve 2008/4 sayılı Genelgesinin ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir.

**1593 sayılı yasa**nın 57. maddesinde belirli hastalık türleri sayılmış, 72. maddede ise 57. maddede anılan hastalıklardan birinin ortaya çıkması veya ortaya çıkmasından şüphe edilmesi durumunda bir kısım tedbirlere başvurulacağı belirtilmiş ve söz konusu tedbirler arasında hastalara veya hastalığa maruz bulunanlara serum veya aşı uygulanması şeklindeki tedbire de yer verilmiştir. İlgili Genelgede ise genel bağışıklama programına ilişkin ilke ve usuller belirlenerek bebeklik dönemini de kapsayacak şekilde belirli yaş grupları için çeşitli periyotlar dahilinde bazı aşıların uygulanmasına ilişkin esas ve usuller düzenlenmiştir. Söz konusu Genelge kapsamında yer verilen aşı türlerine bakıldığında 1593 sayılı Kanun'un 57. maddesinde tahdidi olarak sayılan hastalıklar için tatbiki öngörülenlerle sınırlı bir düzenleme olmadığı anlaşılmakta, başvurucuya tatbikine hükmedilen HepB, DaBT, İPA, Hib ve KPA türündeki aşıların da 1593 sayılı Kanun'un 57. maddesinde tahdidi olarak sayılan hastalıkları tam olarak karşılamadığı, bu kapsamda 57. maddede zikredilen hastalıklardan birinin ortaya çıkması veya ortaya çıkmasından şüphe edilmesi durumunda hastalara veya hastalığa maruz bulunanlara serum veya aşı uygulanması hususunu düzenleyen 72. madde hükmünün, başvuruya konu uygulamanın yasal dayanağı olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığı anlaşılmaktadır.

Bunun yanı sıra 1593 sayılı Kanun'da münferiden **çiçek aşısı**nın zorunlu bir aşı olarak öngörüldüğü ve söz konusu yükümlülüğün zaman ve kişi grupları dikkate alınarak yasanın 88-94. maddelerinde ayrıntılı olarak düzenlendiği görülmektedir. Bunun dışındaki aşı uygulamasının Bakanlığın ilgili Genelgesi kapsamında ve belirlenen program çerçevesinde yapıldığı görülmekle birlikte genel ve zorunlu aşı uygulamasına dayanak oluşturacak bir yasa hükmünün olmadığı anlaşılmaktadır.

**Halk Sağlığı Kurumu** tarafından gönderilen yazı içeriğinde belirtilen ve aşı uygulamasının yasal dayanağı bağlamında yer verilerek halk sağlığının korunması ve geliştirilmesi, hastalık risklerinin azaltılması ve önlenmesi, sağlık için risk oluşturan etmenlerle mücadele edilmesi; bulaşıcı ve bulaşıcı olmayan kronik hastalıklar ve belirli hastalık ve risk kümeleri ile ilgili izleme, inceleme, araştırma, bağışıklama ve denetim çalışmaları yapılması görevini Halk Sağlığı Kurumuna verdiği belirtilen 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin de Anayasa'nın 2. kısmının 2. bölümünde yer alan bir **temel hak**ka yönelik sınırlandırma ve müdahale dayanağı olamayacağı açıktır.

- *Yukarıda yer verilen belirlemeler uyarınca **başvuruya konu müdahalenin yasalık koşulunu sağlamadığı anlaşıldığından** söz konusu müdahale açısından diğer güvence ölçütlerine riayet edilip edilmediğinin ayrıca değerlendirilmesine gerek görülmemiştir.*

Açıklanan nedenlerle ***başvurucunun Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan maddi ve***

***manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğine*** karar verilmesi gerekir.

Üye Serdar ÖZGÜLDÜR bu görüşe katılmamıştır.

Başvuruda Anayasa'nın 17. maddesinin ihlal edildiği belirlendiğinden ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için ***yeniden yargılama yapılmak üzere*** kararın Sivaslı Asliye Hukuk Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

**HÜKÜM :**

Açıklanan gerekçelerle;

Başvurucunun, ***Anayasa'nın 17. maddesinin ihlal edildiği*** yönündeki iddiasının KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,

Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan ***maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE***, Serdar ÖZGÜLDÜR'ün karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

İhlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için **yeniden yargılama yapılmak üzere** kararın Sivaslı Asliye Hukuk Mahkemesine GÖNDERİLMESİNE OYBİRLİĞİYLE…

11/11/2015 tarihinde karar verildi.

**KARŞI OY GEREKÇESİ**

Anayasa'nın 17. maddesinin 2. fıkrası ***"Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tâbi <<***oktur ki işkence, eziyet yahut insan hürriyetiyle bağdaşmayan ceza veya muamele, bugün ulaşmış bulunduğumuz uygarlık düzeyinde, hem insani duyguları rencide eder niteliktedir; hem de kişinin vücut bütünlüğüne bir tecavüzdür." denilmektedir. Anayasa'nın 56. maddesinde de "***Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak***; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden plânlayıp hizmet vermesini düzenler." hükmü yer almakta; maddenin gerekçesinde ise ***"Vatandaşın korunmuş çevre şartlarında beden ve ruh sağlığı içinde yaşamını sürdürmesini sağlamak Devletin ödevidir."*** denilmektedir.

Anayasayla ***Devlete verilen, herkesin yaşamını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmeyi sağlamak görevinin*** yasal temelde yansıması 1593 sayılı *Umumi Hıfzıssıhha Kanunu*nda ana hatlarıyla yer almaktadır. Nitekim, anılan yasanın 1. maddesinde *"Memleketin sıhhi şartlarını ıslah ve milletin sıhhatine zarar veren bütün hastalıklar veya sair muzır amillerle mücadele etmek ve müstakbel neslin sıhhatli olarak yetişmesini temin ve halkı tıbbi ve içtimai muavenete mazhar eylemek umumi Devlet hizmetlerindendir."* denilerek, **halkın sağlığının korunması** ve gelecek kuşakların sağlıklı biçimde yetişmesi için gerekenlerin yapılması Devlete bir görev olarak verilmiş bulunmaktadır. Aynı yasanın 2-4. maddelerinde de Sağlık Bakanlığı'nın bu konudaki görevleri ayrıntılı biçimde sayılmış, ülkedeki her tür ateşli, bulaşıcı ve salgın hastalıklarla mücadelenin bu Bakanlığın görevleri arasında olduğuna işaret edilmiştir. Yasanın 57. maddesinde kolera, veba, lekeli humma vb. hastalıklar tek tek sayılarak belirtilmiş ve Yasanın 72. maddesinde bu bulaşıcı ve salgın hastalıklardan biri görüldüğü veya görülmesinden kuşkulanıldığında alınacak tedbirler arasında ***"Hastalara veya hastalığa maruz bulunanlara serum veya aşı tatbiki de"*** sayılmıştır. Ne var ki yine Yasanın 64. maddesinde "57nci madde de sayılanlardan başka herhangi bir hastalık yayılır şekil aldığı veya böyle bir tehlike baş gösterdiğinde, o hastalığın veya herhangi bir hastalık şeklinin memleketin her tarafında veya bir kısmında ihbarı zorunlu olduğunu neşri ilana ve o hastalığa karşı bu yasada sayılan önlemlerin tümünü veya bir bölümünü uygulamaya *Sıhhat ve İçtimai Muavenet* Vekaleti Salahiyettardır." denilerek 57. Maddede sayılanların dışındaki hastalıklar yönünden de 72. madde de sayılan tedbirleri almaya (bu bağlamda ***aşı uygulanmasına***) Sağlık Bakanlığı'nın yetkili olduğu hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla, önleyici nitelikteki genel ve zorunlu aşı uygulamasının yasal dayanağının bulunmadığı, ***belirlilik ilkesinin yokluğu***

nedeniyle yasallık koşulunun gerçekleşmediği yolundaki değerlendirmeye katılmaya olanak yoktur. Anayasa'nın belirtilen hükümleri ve gerekçeleri ile 1593 sayılı yasanın işaret edilen düzenlemelerin açıklığı karşısında, Devletin sağlıklı bir kuşak yetiştirme ve ***toplum sağlığını koruma görevinin bir parçası*** olarak, ***genel ve zorunlu aşı programı uygulamasında herhangi bir hukuka aykırılık bulunmamaktadır***.

Konunun, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu çerçevesinde değerlendirilmesinde ise 18 yaşını doldurmamış, bedensel, zihinsel, ahlâki, sosyal ve duygusal gelişimi ile kişisel güvenliği tehlikede olan, ihmal veya istismar edilen çocukların *(bu kapsamda bebeklik çağındakilerin)* "korunma ihtiyacı olan çocuk" olarak değerlendirildiği, bu kesime girenlerin **üstün yararları gözetilerek**, yasada birtakım "koruyucu ve destekleyici tedbirler" öngörüldüğü, bu bağlamda **"sağlık tedbiri"**nin de sayıldığı, bu tedbirlerin alınması için yetkili mahkemelere (Çocuk Hâkimi, Aile Mahkemesi) başvuru usulü ve şartlarının ve başvurmaya yetkili kişilerin yasada ayrıntılı düzenlendiği, yetkili kurum olarak görevlendirilen *Aile Sosyal ve Politikalar Bakanlığı* İl Müdürlükleri'nin ***"genişletilmiş bağışıklama programı"***nda yer alan zorunlu aşı uygulanması esnasında anababalarca buna izin verilmemesi halinde, aşı uygulanacak çocuğu (bebeğin) "korunmaya muhtaç çocuk" olarak nitelendirilerek, mahkemelere başvurulduğu ve "sağlık tedbiri" isteminde bulunulduğu görülmektedir. Başvurunun somutunda da, bu yoldaki sağlık tedbiri istemi yerel mahkemece kabul edilmiş; bu karara karşı yapılan itiraz, İtiraz Mahkemesince reddedilmiştir. Uygulamada derece mahkemelerinin, anababanın rızasının koşul olduğuna ilişkin verdiği kimi kararlar olduğu gibi; bu başvuruda olduğu gibi, ***çocuğun üstün yararı gözetildiğinde sağlığın korunmasında bu rızanın gerekmediği*** yolunda verilen kararların da bulunduğu anlaşılmaktadır. **Yargıtay** 2. Hukuk Dairesi de bir kararında *"Ana1babanın çocuklarla ilgili karar alırken onların menfaatlerini ve üstün yararlarını göz önünde tutmaları asıldır.* Çocuğun yasal temsilcileri uygulanacak aşı ile ilgili aydınlatıldıkları halde, hiçbir haklı gerekçe ileri sürmeksizin buna rıza göstermiyorlarsa, çocuğun çıkarına aykırı bu tavra hukuksal sonuç bağlanamaz, **çocuğun üstün yararına açıkça aykırı ise rıza aranmaz**." demektedir.

5395 sayılı yasanın 3/1-a ve 5/1-d maddeleri gözetildiğinde, çocuğun (bebeğin) korunmaya muhtaç çocuk olarak kabul edilerek hakkında bebeklik dönemi koruyucu aşılarının yapılması yolunda mahkeme kararıyla başvurulan "sağlık tedbiri"nin çocuğun vücut bütünlüğüne yapılan müdahalede "kanunilik" şartını bu yönü itibariyle de sağladığı açıktır. Ayrıca, bu müdahalenin benimsenen sağlık politikası çerçevesinde, küçük yaştaki ***çocukları ve toplum sağlığını koruma*** amacına yönelik olduğu, sağlık politikası gereği bu tür uygulamaların yapılmasının, ***kamu düzeni ve toplum sağlığı gözetildiğinde zorunlu ve gerekli*** bulunduğu, ***ülkemizde bulunan üç milyona yakın mültecinin taşıyabileceği hastalık tehlikesi gözetildiğinde*** ve ülkemizin dünyaya örnek gösterilen zorunlu aşı uygulamasının sonuçları dikkate alındığında, ***anababaların küçük çocuklarına aşı yapılmasına izin vermemelerinin kamu düzeni ve toplum sağlığı açısından büyük risk oluşturabileceği***, dolayısıyla başvurucunun çocuğuna aşı yapılması yolundaki müdahalenin ***(sağlık tedbirinin) "acil bir sosyal ihtiyaç" teşkil ettiği*** ve çocukların gelişme sürecinde karşılaşabilecekleri muhtemel hastalıklara karşı bir önlem niteliğinde olduğu dikkate alındığında, bu müdahalenin *(aşı yaptırılması yolundaki mahkeme kararının) ölçülü ve* ***orantılı*** *olduğu*, Anayasa'nın işaret edilen maddeleriyle **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8/2 nci maddesi**ne ve ***AİHM'nin içtihatlarına uygun düştüğü*** (Olsson/İsveç, B. No: 10465/83, 24.3.1988, § 67) anlaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, ***başvurucu yönünden Anayasa'nın 17. maddesinin ihlal edilmediği*** ve başvurunun reddi gerektiği kanaatine vardığımdan; ihlâlin varlığı sonucuna ulaşan çoğunluk kararına katılamadım.

**Üye Serdar ÖZGÜLDÜR**
*****

**ÖZETLE;**
Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu, 11/11/2015 tarihinde, Halime Sare Aysal'ın başvurusunda (Başvuru No: 2013/1789), zorunlu aşı uygulaması hususunda verilen tedbir kararı nedeniyle başvurucunun maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

**Olaylar**

Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Uşak İl Müdürlüğünce, başvurucu çocuğun bebeklik aşılarının anne ve babası tarafından yaptırılmadığından bahisle, çocuk hakkında 5395 sayılı Kanun'un 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (d) bendi uyarınca sağlık tedbiri uygulanmasına karar verilmesi talep edilmiştir. Sivaslı Asliye Hukuk Mahkemesince Genişletilmiş Bağışıklama Programında yer alan aşıların önemiyle alakalı açıklama ve eğitime rağmen ebeveyni tarafından aşı uygulanmasına izin verilmeyen çocukların 5395 sayılı Kanunun 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca korunmaya muhtaç çocuk olarak kabulü gerektiğinden bahisle, çocuk hakkında, sağlık tedbiri uygulanmasına karar verilmiştir.

**İddialar**

Başvuruda, velayet altında bulunan çocuğa bebeklik dönemi aşılarının uygulanmasının kabul edilmemesi ve zorunlu aşı uygulamasının açık bir kanuni dayanağı olmamasına rağmen Mahkemece sağlık tedbiri uygulanmasına karar verilmesi nedeniyle çocuğun vücut bütünlüğünün ihlal edildiği belirtilerek Anayasa'nın 17. maddesinde tanımlanan maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiği ileri sürülmüştür.

**Mahkemenin Değerlendirmesi**

Anayasa Mahkemesine göre Anayasa'nın 17. maddesi hükmü genel olarak fiziksel ve ruhsal bütünlüğü güvence altına almakla birlikte, ikinci fıkra düzenlemesi tıbbi zorunluluklar veya kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı ve rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağını belirtmek suretiyle, tıbbi müdahaleyi ret hakkına ve kişilerin kendi bedenleri üzerinde karar verme yetkisi olduğuna, istisna tanımak suretiyle açıkça işaret etmektedir.

Tıbbi müdahalelere ilişkin ulusal ve uluslararası alandaki mevzuat hükümleri rıza unsurunu temel şart olarak öngörmekte, velayet veya vesayet altındaki küçük veya kısıtlılara uygulanacak müdahaleler açısından da kanuni temsilcilerin rızası, söz konusu tıbbi muamele süjesinin rızası yerine ikame edilmekte ve rıza şartına istisna getirilebilecek haller genel olarak acil durumlar bağlamında tıbbi zorunluluk halleri ile kanunda belirtilen durumlarla sınırlandırılmaktadır.

Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenen ve temel hak ve özgürlüklerin ancak yasayla sınırlanabileceğini ifade eden kural, anayasa yargısında önemli bir yere sahiptir. Hak ya da özgürlüğe bir müdahale söz konusu olduğunda öncelikle tespiti gereken husus, müdahaleye yetki veren bir kanun hükmünün, yani müdahalenin hukuksal bir temelinin olup olmadığıdır.

Bu kapsamda yasal düzenlemenin içerik, amaç ve kapsam bakımından belirli ve muhataplarının hukuksal durumlarını algılayabilecekleri açıklıkta olması gerekmektedir. Hak ya da özgürlüğe müdahale eden kuralla belirli ölçülerdeki takdir alanının uygulayıcıya bırakılması mümkünse de etkin hak korumasının sağlanabilmesi için müdahaleye temel alınan yasanın söz (lafız) ve yorumunda asgari bir kesinliğin sağlanması gerekmektedir.

Yasal düzenlemelerin kamu makamlarına, hangi koşullar ve sınırlar içinde kişilerin temel hak ve özgürlüklerine müdahalelerde bulunma yetkisi verdiğini açık biçimde göstermesi ve bu bağlamda müdahalenin muhataplarının buna ilişkin koşullar ile müdahalenin sonuçları açısından bir öngörüde bulunabilmeleri olanağını tanıması gerekir.

Bu kapsamda Anayasa Mahkemesi, başvuruya konu müdahalenin yasal dayanağı olarak gösterilen 5395 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinin (1) numaralı alt bendi ve 5. maddesinin

(1) numaralı fıkrasının (d) bendinde yer verilen ve uygulanacak tıbbi müdahalenin türü ve kapsamı hakkında bir açıklamada bulunmaksızın, genel olarak sağlık tedbirine hükmedileceğine işaret eden düzenlemelerin, ***öngörülebilirlik niteliğini taşımadığını*** belirtmiştir.

Kararda, anılan düzenlemelerin yanı sıra, 1593 sayılı Yasa kapsamında da ***zorunlu aşı uygulamasına yasal dayanak oluşturacak bir düzenlemenin bulunmadığı*** ifade edilmiştir.

Genişletilmiş Bağışıklama Programı konulu Genelgenin yasal dayanağı olarak belirtilen Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin de *(663 sayılı YGK)* bir temel hakka yönelik sınırlandırma ve müdahale açısından dayanak olamayacağı değerlendirilmiştir.

**Sonuç olarak :** Belirtilen kapsam ve amaçlarla ***zorunlu aşı uygulamasına ilişkin öngörülebilir nitelikte bir yasal düzenleme bulunmadığından,*** **Anayasa'nın 17. maddesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir**. *(http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/basin/kararlarailiskinbasinduyurulari/bireyselbasvuru/detay/53.html)*

********

## TÜRK TABİPLERİ BİRLİĞİ'nin GÖRÜŞLERİ

**AYM kararının gerekçesi açıklanmadan önce :**

**Aşılama Konusunda Basın Açıklaması / Kamuoyunu Bilgilendirme**

Dün medyada yayımlanan Anayasa Mahkemesi'nin 'zorla aşı yaptırılamayacağı' haberleri üzerine **toplum sağlığı** açısından kamuoyunu bilgilendirme gereksinimi doğmuştur. Henüz Anayasa Mahkemesi kararının gerekçesi yayımlanmamış olsa da, **konunun aciliyeti** açısından bazı değerlendirmelerde bulunmak mümkündür:

- Haberlerde yer aldığına göre, Anayasa Mahkemesi kararını, bireyin bedeni üzerinde devlet gücü kullanarak zorla bir uygulama yapılabilmesi için, bu konuda özel bir yasal düzenleme yapılması gerekliliği ile gerekçelendirilmiştir. Nitekim yine haberlerde yer aldığına göre, Anayasa Mahkemesi yetkilileri; "İhlal kararının **Yargıtay 2'nci Hukuk Dairesi'nin**, BM Çocuk Hakları Sözleşmesi ve Medeni Kanunu'na dayanarak, ***"Çocuğun üstün yararı"*** gerekçesiyle "Devlet, geçerli bir kanıt gösterilmedikçe, anababa rızası aramaksızın çocuğa zorunlu aşı yaptırabilir." şeklindeki zorunlu aşıya vize veren **içtihatı ile çelişmediğini"** belirtmişlerdir.

Genelleyici bir yaklaşımla, birey özerkliğinin toplum yararı gerekçe gösterilerek çiğnenebileceği anlayışı, kişilik haklarını ihlal edebilecek çok tehlikeli bir yaklaşımdır. **Bununla birlikte, duyarlı kişilerin aşılanmasıyla toplum düzeyinde etkin ve güvenli koruma sağlanabilen bulaşıcı hastalıklar özelinde, bir değer olarak *toplum yararı birey özerkliğinin üzerindedir*.**

AYM kararı sonrasında, toplum yararı ile bireylerin haklarını demokratik bir biçimde buluşturacak düzenlemelerin bir an önce yapılması gerekliliği kuşkusuzdur. Öte yandan ***koruyucu sağlık hizmetleri*** arasında en önemlilerinden biri olan aşılama konusunda toplumun bilgilendirilmesi çok önemli ve acil bir gereksinimdir. Aşağıda imzası olan meslek örgütleri olarak konu ile görüş ve önerilerimizi kamuoyuyla paylaşıyoruz.

**Aşılar, günümüzde tıp alanında kullanılan en güvenli, en etkili ve en maliyet etkili tıbbi uygulamalardır!**

- Genişletilmiş bağışıklama programında yer alan aşılar, uzun bilimsel araştırmalar sonucunda üretilirler. Etkinliği yüksek olan aşılar bu programda yer bulur. Aşının etkinliği ya da koruyuculuğu, aşının uygulanmasıyla söz konusu hastalığın toplumda ortaya çıkma sıklığında en az %90 azalma olması demektir.
- Aşılarda, uygulama sonrası kimi rahatsızlıklar ortaya çıkabilir. Bunların bir bölümü ateş, halsizlik, iştahsızlık gibi hafif belirtilerdir. Bir bölümü ise çok ender görülen ciddi - istenmeyen etkilerdir. Aşıların yan etkileri, aşılar yapılmadığı zaman ortaya çıkacak sağlık sorunlarıyla karşılaştırılamayacak ölçüde azdır.

- Kamuoyunda, aşı uygulamalarının yaygınlaşmasıyla çocuklarda alerjilerin arttığına ilişkin savlar vardır. Alerji gibi çok etkenli ve özgül olmayan bir sağlık sorununu, çevresel kirliliğin arttığı, sanayiden kaynaklanan kirleticilerin solunum ve besin yoluyla insan vücuduna girdiği çağımızda, tek başına aşılara bağlamak bilim dışı bir yaklaşımdır.
- Her ülke kendi ülkesinde sık görülen ve öldüren bulaşıcı hastalıkları göz önünde bulundurarak aşı takvimini oluşturur. Türkiye'de aşı takvimi, ***Sağlık Bakanlığı Aşı Danışma Kurulu*** tarafından kararlaştırılır. Bu Kurul, farklı tıp uzmanı akademisyenlerden oluşan bağımsız ve bilimsel bir kuruldur.
- Aşılama hizmeti, Türkiye'de her yıl doğan yaklaşık 1.3 milyon bebeğe verilmesi gereken bir sağlık hakkıdır. Aşı ile önlenebilir hastalıklardan arınmış bir ortamda doğmak ve büyümek her çocuğun hakkıdır, sorumlusu da devlettir.
- Aşıların kimlere, ne zaman uygulanacağı ve aşı yapılmaması gereken kişiler gibi tıbbi özellikler Sağlık Bakanlığı'nın ilgili mevzuatında ayrıntılı tanımlanmıştır. Basında yer aldığı gibi, toplumun tümünün yararı için kimi kişilerin feda edilmesi söz konusu değildir. Tam tersine, bu çocukların korunması için, toplumda aşılama oranının yüksek olması bir güvencedir.
- Aşılama hizmetlerinin temel amaçlarından biri aşılanan bireyi hastalıktan korumak öbürü ise belli bir bağışıklama oranına ulaşarak hastalığı toplumda denetim altına almaktır. Çeşitli nedenlerle aşı olamayan çocukların (bağışıklık sistemi yetmezliği olan, kanser tedavisi nedeniyle bağışıklık sistemi zayıflamış olan, ulaşılamayan çocuklar vb.) söz konusu hastalıktan korunmasının tek güvencesi o hastalık etkenin toplumda az rastlanır olmasıdır. Aşının dolaylı etkisi olarak anılan bu durum, ***toplum bağışıklığı*** ile söz konusu olabilir. Toplum bağışıklığı düzeyinin, her aşı için ayrı ayrı belirlenmekle birlikte, %80'in altına düşürülmemesi, genel kuraldır.
- Günümüzde insanları bulaşıcı hastalıklara karşı korumada aşılar ölçüsünde etkili, güvenli, kolay ve maliyet-etkin başka bir tıbbi uygulama yoktur ve onların yerine koyabileceğimiz başka bir araç ya da uygulama da bulunmamaktadır.

**Aşı uygulamasında bireyin hak ve özgürlükleri ile kamu sağlığının gerekleri çelişmez, aynı yöndedir.**

Aşı karşıtı propaganda ve uygulamaların tarihi neredeyse aşılamanın tarihi ölçüsünde eskidir.
Aşılama tarihinde ilk uygulamalar kişiyi koruma amaçlı da olsa, daha sonra ***toplumsal bağışıklık*** kavramı gelişmiş ve yeterli sayıda kişinin aşılanması ile toplumsal bağışıklığın sağlanması ve böylece çeşitli nedenlerle ***aşılanamayan kişilerin de korunabileceği*** anlaşılmıştır.

Aşılama oranlarının belli düzeylere çıkarılması ile ***çiçek hastalığı yeryüzünden silinmiş***, **çocuk felcinde** sona yaklaşılmıştır. Bu nedenle artık günümüzde aşılamayı hem kişisel hem de toplumsal bir uygulama olarak ele almak gerekir. Bu durumda hem ***çocuğun en yüksek yararı*** hem ***toplumsal yarar*** hem de anababanın hak ve sorumlulukları bütüncül olarak değerlendirilmelidir.

**Anne baba rızası** olmaksızın çocukların ***toplumsal yarar*** için aşılanmaları,

*- aydınlatmaya dayalı etik bir yaklaşılma ele alınmalıdır.*

Bunun dışında aşılanmamaktan kaynaklanacak **çocuğun zararı** da ayrıca tartışılmalıdır.

Çocuklarına aşı yapılmasını istemeyen aileler ile ilgili aile sağlığı merkezlerinde tutanak tutulmasının ardından konu, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı kanalıyla yasal sürece taşınmaktadır. Yargı sürecinde konu, aşı yapılması reddedilen çocuğun aile tarafından kötü muamele görmesi açısından ele alınmaktadır. Oysa yukarıda ayrıntılı söz edildiği gibi, **toplum bağışıklığı** düzeyinde aşılama yapılmasının engellenmesiyle,

***toplumun zarar görmesi*** durumu ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle, ***kamu sağlığının zarar görmemesi esas alınarak,*** bu alandaki eksikliklerin hızla giderilmesi biz Meslek Örgütlerinin ve Sağlık Bakanlığı'nın katılımıyla sürdürülmelidir.

***Aşılama konusunda sorumluluğun bireylere yüklenmesi haksızlıktır.***

**Halkın sağlığını koruyucu aşı politikaları geliştirmek Sağlık Bakanlığı'nın görevidir!**

Aşılanmada, 1. Basamak hizmetlerinde sürekliliğin geliştirdiği güven ortamı önemlidir ve aşılanmanın reddedilmesini önleyici bir özelliği vardır. Sağlıkta Reform politikalarının sonucunda, halkın güven duymadığı, halkın kamu sağlık hizmetlerine güvenini sarsan bir sağlık ortamı yaratılmıştır.
Oysa beklenen, Sağlık Bakanlığı'nın aşı konusundaki politik kararlılığıdır.

***Genişletişmiş Bağışıklama Programı*** hedeflerine ulaşılabilmesi için Sağlık Bakanlığı'nın etkili yollarla *sağlık eğitimi vermesi*, halkın yaşadığı yerlerde, kabul edilir yollarla bu hizmeti sunması,
Birinci Basamak sağlık örgütlenmesini bu yönde örgütlemesi görevi söz konusudur.

**Sağlık Bakanlığı'nı göreve davet ediyoruz!**

Aşılama programını öneren, uygulayan, uygulanmadığında ortaya çıkan bireysel ve toplumsal sorunların çözümünü sağlayacak olan Sağlık Bakanlığı olduğuna göre, bu tartışmanın yanlarından biri de kuşkusuz Sağlık Bakanlığı olacaktır. Burada özellikle aşının savunuculuğunun her ortamda (yazılı, görsel medya, sosyal medya, vb) yapılması ve ailelerin aşının yararları ve bilimsel olarak kanıtlanmış yan etkileri konusunda bilgilendirmesi gerekmektedir. Gerek basında çıkan aşı karşıtı haberler gerekse yargı sürecinde Sağlık Bakanlığı'nın sessiz kalarak kuşkuları artırdığı izlenmektedir. Sağlık Bakanlığı'nın hiçbir sorumluluk almadan, olayı bireysel bir durum gibi ele alarak, tutanak ile belgelemenin ötesine geçmeyen bir işlem yapması, son derece eksik ve yanlış bir tutumdur. Başta Umumi Hıfzıssıhha Yasası olmak üzere, çeşitli mevzuatta, ***kamu sağlığını koruma görevi*** Sağlık Bakanlığı'na verilmiştir.
*Bu anlamda Sağlık Bakanlığı'nı göreve davet ediyoruz.*

- Sağlık Bakanlığı'nın koruyucu sağlık hizmetleri kapsamında aşılama hizmetlerine istem yaratma, bu istemi karşılama ve sürdürülebilirliği sağlama sorumluluğu vardır.
- Sağlık Bakanlığı'nın sessizliği, toplumda olumsuz yargıların güçlenmesi tehlikesi taşımaktadır.
- Sağlık Bakanlığı, aşılar ile ilgili toplumu bilgilendirmeli, insanların kuşkularını gideren doyurucu açıklamalar yapmalıdır.
- Bakanlık aşı ile ilgili hukuksal sorunun çözümü için toplum adına taraf olmalı, sorumluluk almalıdır.

**Medya, toplum sağlığı üzerine, basın etik kuralları çerçevesinde haber yapmalıdır!**

Aşılama, koruyucu sağlık hizmetlerinin en önemlilerinden biridir ve ***hem bireyi hem de toplumu koruma***yı hedeflemektedir. Toplum sağlığını ilgilendiren böylesi önemli bir konuda haber yaparken, konunun uzmanı olmayan kişilerin görüşlerinin, bireysel deneyimlerinin, toplumdaki sağlık örüntüsü üzerine yaptıkları yorumların haber konusu olması; başta ***Halk Sağlığı Uzmanları*** olmak üzere tüm hekimlerin tıbbi ve bilimsel bilgisini yok saymaktır. Homeopati gibi seçenek *(alternatif)* tıp yöntemlerinin, bulaşıcı hastalık denetimi konusunda uygulanabilirliğine ilişkin hiçbir bilimsel kanıt yoktur. Bu türden bilimsel olmayan ve temel sağlık hizmetlerinin sunulmasına engel oluşturabilecek haberler toplumda bağışıklama başta olmak üzere öbür ***temel sağlık hizmetleri***nin yapılmasını da olumsuz yönde etkilemektedir. Basına ve kamuoyuna saygıyla sunulur. (*(http://www.ttb.org.tr/index.php/Haberler/asi-5733.html, 14.11.2016)*

**Türk Tabipleri Birliği**
**Halk Sağlığı Uzmanları Derneği**
**Türk Klinik Mikrobiyoloji ve İnfeksiyon Hastalıkları Derneği**
**Türkiye Milli Pediatri Derneği**

**AYM kararının gerekçesinin açıklanmasından sonra TTB Görüşü :**
AYM, yasallık ögesi bulunmadan anababanın rızası olmaksızın sağlık tedbiri yolu ile çocuğa aşı yapılmasının

Anayasa'nın 17. maddesine aykırı olduğuna hükmetmiştir. Ancak AYM'nin karar gerekçesi "sağlık tedbiri yolu ile anababa rızası olmadan aşı yapılamaz" yargısı ile sınırlı tutulmamıştır. Gerekçeli kararda ihlal nedenleri; aşının yanı sıra çocuklarımıza sağlıklarını korumak ve geri kazanmalarını sağlamak için tıbben verilmesi zorunlu görülen, ancak anababaların ya da öbür yasal temsilcilerin rıza göstermediği, bütün sağlık hizmetlerini kapsayacak bir biçimde kaleme alınmıştır.

AYM'nin "aşı" kararının gerekçesi karşısında, anababa rızasının alınamadığı bütün sağlık hizmetleri yönünden, gerektiğinde anne babalarına karşın "***çocukların üstün yararını koruyacak*** bir mekanizma olarak mahkeme kararına dayalı "sağlık tedbiri" yolunu işletmek olanaklı olmayacaktır.
Karara biraz daha yakından baktığımızda AYM;

- **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi**'nin *toplum yararını üstün tutarak zorunlu aşı uygulamasını* yasal düzenleme olması koşulu ile Sözleşmenin 8. maddesine uygun bulduğunu,

- 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu ve 5395 Sayılı Çocuk Koruma Kanununda yer alan hükümlerin zorunlu görülen bütün çocukluk çağı aşılarına yeterli, öngörülebilir bir yasal dayanak oluşturmadığını,

- 663 sayılı KHK ile düzenlendiğinden ***Türkiye Halk Sağlığı Kurumu***'na, bağışıklama konusunda verilen görev ve yetkilerin temel hakları sınırlandırabilecek bir yasal düzenleme olarak dikkate alınamayacağını belirtmektedir.

Bu nedenlere dayanarak ülkemizde zorunlu aşı uygulaması için açık ve öngörülebilir yasal düzenlemeler olmadığından, anababanın rıza göstermediği durumda yargıç tarafından tedbir kararı verilerek aşı yapılmasının Anayasanın 17. maddesine aykırı olacağı sonucuna varmıştır.

AYM, kendi başlarına birey olarak hakları olan çocukların sağlık haklarının korunmasında anababaların velayet yetkisini **çocuğun üstün yararına kullanıp** kullanmadığını tartışma konusu yapmamıştır. Anababanın aşı yaptırmama davranışını, hukuksal olarak denetime tabi olabilecek ***velayet yetkisinin bir tür kötüye kullanım biçimi*** olabileceğini değil de anababanın kendi bedenine tıbbi nedenlerle zorla müdahale edilmesine karşı çıkma davranışı olarak nitelendirmiştir.

Gerekçeden anlaşıldığı üzere, ülkemizin tarafı olduğu ***BM Çocuk Hakları Sözleşmesi*** konuyla ilgili hukuksal norm olarak Anayasa Mahkemesi'nin karar gerekçesinde kendisine yer bulamamıştır.
Öyle ki; Çocuk Hakları Sözleşmesinin uygulanması kapsamında çıkarılan 5395 sayılı yasada çocuğun bedensel ve ruhsal sağlığının korunması ve tedavisi için gerekli durumlarda mahkemeler tarafından sağlık tedbiri kararı verilmesine ilişkin hükmü değerlendirirken yaptığı yorumla, çocukların sağlığına değil; anababanın "rıza" olarak adlandırılan davranış biçimlerine tartışılmaz bir kutsallık yüklemektedir :

*"… doğan her çocuğa belirli bir yaş dönemine bağlı olarak ve anababanın rızasına aykırı, ilgili idarece belirlenecek olan her türlü aşının uygulanması yetkisi verildiği şeklinde anlaşılması olanaklı değildir. Aksinin kabulü hâlinde uygulanacak tıbbi müdahalenin tür ve kapsamı belirsiz olacak şekilde, rıza verilmeyen müdahale türlerinin gündeme gelmesi muhtemeldir*."

AYM'nin bu gerekçesi karşısında, yasada açıkça adı tek tek belirtilmediği için sağlık tedbiri yolu ile mahkeme kararına dayalı olarak aşı yapılması Anayasaya aykırı ise; yasal temsilci rıza göstermediğinde öbür sağlık sorunlarında da aynı gerekçe ile çocuklara gereksinim duyacakları sağlık hizmeti verilemeyecektir.
Bu durumda ***bütün koruyucu, tedavi ve rehabilite edici sağlık hizmetlerinin, tıbbi müdahalelerin yasada tek tek sayılması mı gerekecektir? Böyle bir şey bilimsel ve olanaklı değildir.***

Bizler biliyoruz ki; anababalar, çocukluk çağı aşıları konusunda karar verirken kendi sağlıkları hakkında değil, çocuklarımızın sağlığını koruma konusunda karar vermektedir. Çocuklar, üzerlerinde hak iddia edilebilecek nesneler değildir.

***Çocuklarımız; haklarına saygı duymamız, korumamız, yüksek yararını gözetmemiz gereken "insanlar"dır.***

Sağlık Bakanlığınca 1593 sayılı yasada yazılı olsun olmasın, çocukluk çağında yapılması zorunlu görülen bütün aşıları gönüllü olarak gidip yaptıran anababalar çocuklarının, giderek bütün toplumun sağlığını korumakta, ***çocuklarının üstün yararına*** bir tıbbi girişimi yaptırmaktadırlar.

Ülkemizin tarafı olduğu **BM Çocuk Hakları Sözleşmesi** de çocukların erişilebilecek en üst sağlık düzeyine kavuşması, hiçbir çocuğun koruyucu hizmetler dahil bütün sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkından yoksun bırakılmaması gerektiğini vurgulamıştır. ***Çocuğun yüksek yararı***, çocuğun sağlığını ve gelişimini de içerdiğinden, sağlıkla ilgili kararların tıbbi bilgiler, veriler ışığında alınması zorunludur. Sağlık hizmetleri ile ilgili bilimsel bilgiler ise sürekli genişleyen, çeşitlenen dinamik bir sürece sahiptir.

**Türk Tabipleri Birliği olarak AYM'nin gerekçeli kararı sonrasında;**

1) **BM Çocuk Hakları Sözleşmesi** uyarınca anababalar, yönetsel kurumlar ve mahkemeler dahil, ilgili bütün kurum ve kişilerin hukuksal olarak yapmaya yetkili olduğu eylem ve işlemlerinde ***"çocuğun üstün yararını" korumakla yükümlü*** olduğu, esası "yükümlülük" olan yetki kullanımının da hukuksal denetime tabi olacağı,

2) Çocukluk dönemi aşılarının yapılmasının, yalnızca çocuklarımızın tek tek üstün yararının korunması için değil, **bütün çocukların ve giderek toplumun sağlığının korunması için zorunlu** bir uygulama olduğu,

3) Sağlık alanında çocuğun gereksinimi olan *sağlık hizmetlerinin özerk, objektif, liyakata göre oluşturulmuş bilimsel kurumların kararlarına ve nesnel bilimsel bilgilere göre belirlenip* yürütülmesinin toplumdaki güven duygusunu pekiştireceği,

4) Çocuklarımızın sağlıklarının korunması ve geliştirilmesi için gereksinim duydukları ve duyacakları sağlık hizmetlerinin yasalarda "saymakla" tüketilemeyeceği dikkate alınarak, çocukluk çağı aşıları da dahil olmak üzere çocuklarımızın gereksinim duydukları sağlık hizmetlerine ulaşabilmeleri için

***- BM Çocuk Hakları Sözleşmesi, - Çocuk Koruma Kanunu ve - Umumi Hıfzıssıhha Yasası***

hükümlerinin birlikte düşünülerek gerekli düzenlemelerin yapılması yönündeki düşüncelerimizi, başta Sağlık Bakanlığı olmak üzere ilgililerin ve halkımızın bilgisine sunarız.
(*http://www.ttb.org.tr/index.php/Haberler/asi-5866.html, erişim : 28.05.2016*)
******

**BİYOETİK İRDELEME**

Biyomedikal bilimlerin **4 temel evrensel Etik ilkesi** aşağıdaki gibidir

***1. Zararlı olMAmak***
***2. Yararlı olmak***
***3. Adaletli olmak***
***4. Özerkliğe saygılı olmak.***

Bu bağlamda, aşılama uygulaması / hizmeti ile insanlara "zararlı" olun**MA**ması asıldır.
Biyomedikal bilimlerde, yapılan hiçbir uygulamanın - tıbbi girişimin %100 risksiz olduğu söylenemez.
Kabul edilen ölçü, *"öngörülebilir, kabul edilebilir risk"* tir. Bu kapsamda ortaya çıkan riskler ***Komplikasyon*** olarak kabul görür ve sonucuna katlanılır; sağlık çalışanları açısından hukuksal - **etik sorumluluk** doğurmaz.

**Sözleşmeden Doğan Sorumluluk**
Bu sözleşme, Borçlar Hukuku kapsamında ***Vekâlet Sözleşmesi*** olup, hekim bu sözleşme ile sonucun

iyi olacağını taahhüt etmez. Bir başka deyiş ile hastanın iyi olacağı, sorunlarından **kesinlikle** kurtulacağı güvencesini veremez. Ancak bu sözleşme ile hekim; hastasının sağlığını korumak veya düzeltmek için;

- Elinden geleni yapacağına,
- Ona özen, içten bağlılık ve sadakat göstereceğine,
- Tüm bilgi ve becerisini onun yararına kullanacağına,
- Sırlarını saklayacağına,
- Kayıtlarını düzgün olarak tutacağına ve
- Tedavisini sürdüreceğine ilişkin güvence vermiş olur.

Hekimin yaptığı tıbbi müdahale ve girişimleri hukuka uygun kılan 2 temel öge vardır :

1. Hekimin tıp bilim ve sanatını uygulama hak ve yetkisine sahip olması,
2. Hastanın muayene için **onam**ının, yapılacak her türlü uygulama ve girişim için ***aydınlatılmış (yazılı) onam***ının bulunmasıdır.

Bu koşullara uyularak, aşı uygulamasının olası zararlarının "*kabul edilebilir - kabul edilmesi gereken risk*" düzeyinde olduğunu belirtelim. Yeni teknolojilerle bir bölüm aşı re-kombinant DNA teknolojisiyle üretildiğinden (Hepatit B vd.), alerji ve enfeksiyon riski en aza (minimuma) indirilmiştir. Öbürlerinde de aşı enfeksiyonu, alerji, toksik yan - istenmeyen etkiler riski ileri teknolojiyle son derede düşürülmüştür. Ayrıca, aşı yapmadan öce alınan bireysel öykü de *(alerji, geçirilen hastalıklar, halen alınan sağaltım vb.)* ile uygun olgu seçimine çaba gösterilerek her bir aşılanan için gerekli özen - sorumluluk edimi (borcu) tam olarak yerine getirilmektedir. Böylelikle ZARARLI OLMAMA ***(Primum non nocere!)*** yükümünün de elden gelen gereği, güncel tıp bilimi olanakları ile ve uygulama bireyselleştirilerek yerine getirilmektedir.

**ZARARLI OLMAMA** yükümünün *(edasının)* bir boyutu da, Aşı yapıl(a)mamasından kaynaklanan risklerden 3. kişileri, toplumu olası zararlardan korumaktır. **UNICEF ve DSÖ**'nün de onayladığı ***Genişletilmiş Aşılama Programı*** (GBP-EPI) kapsamında çocukların 13 temel aşı ile aşılanmaları, toplumun geri kalanını, aşıyla korunulabilen bu hastalıklardan sakınmak için de gereklidir.

**ZARARLI OLMAMA** yükümünün *(edasının)* 3. boyutu, aşılanacak kişinin kendi kararı ya da veli - vasinin kararı ile aşıyı reddinden kaynaklanabilecek olası risklerdir. Bu riskler de 2 boyutlu olup, ilki aşıdan yoksun bırakılana (Küçük ya da vesayet - hacir altındaki kişi), ikincisi de toplumun geri kalanına ilişkindir. Her ikisi de bir kez geri dönüşümsüzdür ve doğacak zararların giderimi olanaklı olmayabilir. Anababanın (ebeveynin), vasinin rıza vermemesi yüzünden aşılanmayan kişide ilgili bulaşıcı hastalık görülür, kalıcı komplikasyonları gelişir (SSPE, çocuk felci..) ya da ölüm olursa sorumlusu, **ADALET** ilkesi bağlamında ve hukuksal olarak kim(ler) olacaktır? Anababanın/vasinin "red" kararının hukuka uygunluğu denetlemelidir

Ayrıca, Küçük "Ergin" olduğunda ya da vesayet bir biçimde kalktığında kişi, aşılanmaması nedeniyle uğradığı zararı / külfeti kime yükleyecektir? Anababa - vasi, etik ve yasal olarak hesap verme yükümü altındadırlar. Sorumluluğunu gözetmeyi üstlendikleri ***küçüğün - kişinin üstün yararı***nı *(The best interest!)* her durumda en üst özenle korumak zorundadır. Kararlarının etiğe, hukuka, bilime uygun gerekçeli olması zorunludur.

Veli - vasinin aşı yaptırmama kararı geri dönüşümsüz ve giderimi (telafisi) olanaksız kalıcı zararlar doğurabilir ve bu durum, varolduğu kabul edilen / olan "yasal" yetkinin zarar verici biçimde kullanılması olur ki; etik ve yasal olarak kabulü olanaklı değildir. Herhangi bir hakkın kötüye kullanımını evrensel - uygar hukuk düzenleri *(Kelsen; Jus cogens, Grund norm)* kesinlikle korumamakta, tersine yaptırım öngörmektedir.

Ülkedeki tüm çocuklar (gerektiğinde erişkinler) aşılama hizmetlerinden yararlanmaktadır. Sağlık Bakanlığı *Aşı Danışma Bilim Kurulu*'nun bağımsız - bilimsel kararları ile oluşturulan takvimde **13 aşı** yer almaktadır.

Bu aşılar **ücretsiz** olarak hedef kitleye eşitlikçi - adaletli düzlemde sunulmaktadır. 3. Evrensel Biyoetik ilkesi olan sağlık hizmetlerine erişimde **ADALET**, böylelikle etkin ve yaygın biçimde yerine getirilmektedir.

**ÖZERKLİĞE SAYGI**, gerçek kişilerin kendi haklarında söz ve karar yetkisini tanımak anlamındadır. Fiil ehliyeti olan ergin kişiler, yasal düzenlemelerin elverdiği çerçevede kendileriyle ilgili kararları, olası sonuçlarını gözeterek ve sorumluluklarını üstlenerek verebilmelidirler. Ancak bu ilke de mutlak olmayıp, başta ülkenin hukuk sistemiyle sınırlanabilmektedir. Ayrıca, öbür 3 Evrensel Etik Kuralı gözetilerek kullanılması zorunludur. Başkalarına - kendisine zarar vermeyecek, kişinin seçimi adil olacak, olanaklı ise kendisine yararlı olacaktır. Özerkliğe saygı, sorumsuz - keyfi kararlar alabilme ve uygulama özgürlüğü anlamına gelmemektedir. Örneğimizde anababanın aşı uygulamasını red ederken salt biçimsel hukuk normlarına, onların sözel anlamlarına dayanmaması; bu düzenlemelerin amacına - gerekçesine - felsefesine - ruhuna da saygı göstermesi beklenmelidir. Bunun dışında, veli - vasinin red kararını, uygun aydınlatmanın ardından gerekçelendirebilmesi gereklidir. Hangi bilimsel, hukuksal nedenler - etik değerler ileri sürülmektedir red için? Keyfi tercihlerle küçüğün, vesayet öznesinin en üstün tutulması gereken çıkarını korumak olanaklı olamaz.
*****

**Korunan – Harcanan Değerler**

Veli - vasinin - kişinin seçiminin / kararının etik uygunluğunda bir ölçüt de budur.. Bir başka anlatımla kâr - zarar dengesi ne yöndedir? Anababa, çocuklarına aşı yaptırmayarak hangi değerleri(ni) korumaktadırlar? Karşılığında yitirilecek olanlar o kişi ve 3. kişiler - toplum açısından nelerdir? Bir hak ve özgürlüğün kullanımının doğal sınırı, başkalarına *(ve kendisine!)* zarar verMEmedir. Hukuk düzenleri dürüstlük - iyiniyet dışı ve hakkın kötüye kullanımını hukuksal koruma dışında bırakmaktadır (Türk Medeni Kanunu md. 1-3). Mevzuat dayanakları ve irdelemeleri AYM'nin kararında kapsamlı olarak yapıldığından, yinelemiyoruz.

Medeni Yasa madde 1 : Hâkim, karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanır.
Medeni Yasa madde 2 : Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken **dürüstlük** kurallarına uymak zorundadır. ***Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz***.
Medeni Yasa md. 3- Kanunun iyiniyete hukukî bir sonuç bağladığı durumlarda, asıl olan ***iyiniyet***in varlığıdır.

AYM kararında Medeni Yasa'nın 1. maddesi gereklerini yerine getirmemiştir. Gerekçe, tümüyle mevzuat normları temelinde oluşturulmuştur. Bilimsel makalelere, yazına bir gönderme yoktur; Bilirkişilerin görüşü alınmamıştır. TTB raporunun altında yazan Tıp Uzmanlık Derneklerinden kurumsal / bireysel uzmanlık görüşü alınsaydı, AYM kararı farklı çıkabilirdi. Ayrıca AYM, Türkiye Biyoetik Derneği'nden, HASUDER'den ya da Üniversitelerden kurumsal - kişisel bilirkişi ya da uzman görüşü alabilirdi, bunu da yapmamıştır.

AYM'nin bu davranışının hukuk - yargılama - adalet etiği açısından açık bir ihlal değilse bile, usul açısından önemli bir eksiklik olduğu söylenmelidir. Medeni Yasa md. 1'in buyurucu *(emredici)* kuralı çok açıktır ve ülkemizde yargılama süreçlerinde bu geleneğin yerleştirilmesinde büyük yarar vardır.

**Pozitif ve Negatif Statü Hakları Açısından :**

Sağlık hakkı, en temel insan haklarının başındadır. Bilindiği gibi *Temel İnsan Hak ve Özgürlükleri 1. Kuşak en erken insan haklarındandır*. Bunların başında ***yaşam hakkı***, onun ayrılmaz tamamlayıcı parçaları olarak sağlıklı ve onurlu *(decent)* yaşam gelmektedir. 2, Kuşak Haklar olan Politik - Sosyal – Ekonomik Haklardan sonra **3. Kuşak İnsan Hakları** olarak sağlıklı - güvenli çevre hakkı, doğanın korunmasını isteme, tarihsel - kültürel kalıtın (mirasın) korunmasını isteme… hakları kabul görmektedir. Her 3 hak demeti (kümesi) açısından öğretide *(doktrinde)* yurttaşların (+) ve (-) statü hakları düzenlenmiştir. Buna göre vatandaşların yönetimlerinden kimi edimleri yerine getirmelerini *(pozitif statü hakkı)* ve tersini (kimi davranışları yapmama, *negatif statü hakkı*) isteme hakları vardır.

Anayasa'nın 56. maddesi herkese ***sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı*** tanımakta ve bu bağlamda hem devlete hem de yurttaşlara ödev yükümlemektedir. Bu maddeye göre ***".. herkes sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir.."*** Somut olayımızda, AYM kararına dayanarak çocuklarına aşı yaptırmak istemeyen kesimlerin marjinal kalmayarak çoğalması durumunda fiili bir kitlesel hak ihlali, toplum sağlığının riske sokulması sakıncası doğabilecektir. AYM, bu kritik hususu dikkate almamıştır. İHEB, AİHM kararları, BM Çocuk Hakları Sözleşmesi, Medeni Yasa'nın 346. ve 487. maddelerinin isabetli - doğru ve tam yorumlanmadığı kanısını ve kaygısını taşıyoruz.

AYM'nin somut olayı inceleme yönteminde ve karar gerekçesinde, bir *normatizm baskınlığı (normative hegemony)* monoton ve mutlak biçimde egemen olmuştur ve doğallıkla belki normatif olarak / maddi mevzuata zorlama ile "*uygun"* ama **etik ve hukuka uygun düşmeyen** bir başka "**hak ihlali**" kararı çıkmıştır. AYM kararına karşı oy *(muhalefet şerhi)* gerekçesinde, yazdıklarımıza yakın vurgular yapılmıştır.

| | |
|---|---|
| **TIBBİ BELİRLEYİCİLER**<br><br>Günümüz aşıları ileri teknoloji ile "oldukça" risksizdir. *Kabul edilebilir risk* bile çok düşüktür. Tersi durumda ciddi komplikasyonlar, engellilik durumu ve ölüm söz konusudur. Bulaşıcı - salgın hastalıkların önemli bir bölümünden aşılarla maliyet-etkin ve yüksek tıbbi güvenilirlikle korunma olanaklıdır. Aşı takvimine uymak gereklidir. Yürütülen EPI aşı programı bilimsel ve küreseldir. DSÖ ve UNICEF öncüdür ve çok başarılı sonuçlar bilimsel kanıtlıdır. Uluslararası hukukta da onay görmüştür. BM Çocuk Hakları Sözleşmesi, İHEB, Biyotıp Sözleşmesi.. AİHM kararları, UNESCO Etik Bildirgeleri… Ayrıca Sağlık Bakanlığında Aşı Danışma Kurulu bilimsel kararlar vermektedir. | **KİŞİNİN - HASTANIN SEÇİMLERİ**<br><br>Antik Yunan'da **Stoacılar** :<br>Etik davranış için tutkulara hayır..<br>İnsan bilgeyse AKLA öncelik verir. İnsanlar eşittir.<br>**Socrates :**<br>Adalete erişim için herkes üzerine düşeni yapsın.<br>**Aristo :** *Erdemli yaşam kişi ve toplum için en iyisi.*<br><br>Kişi ya da veli / vasi seçimini yaparken kendisine ve başkalarına zarar vermemekle yükümlüdür. Tek bir kişinin öznel yararı, kamu sağlığını tehlikeye düşürecek ise hukukça korunamaz. Kişiler seçimini, uygun AYDINLATMA sonrasında hukuka, etiğe, bilime uyarlı gerekçeyle vermelidir, keyfi olunamaz.<br>**Grotius :** *Her insana hak ettiği ceza verilmeli..* |
| **YAŞAM NİTELİĞİ (KALİTESİ)**<br><br>Aşılar yaşam niteliğini bozmamakta; tersine, tıbben rahatlıkla yönetilebilir sınırlı sayıda olguda birkaç günlük hafif sıkıntılar sonrası yaşam niteliğini anlamlı olarak artırmaktadır. **DALY** kazancı çok yüksektir ve bilimsel yazında aşı komplikasyonları, kontr-endikasyonları çok sınırlıdır. Örneğin Kızamık, Çocuk Felci, Hepatit B… aşıları yapılmadıklarında, aşı ile sağlanacak bağışıklıktan yoksunluk, yaşam niteliğini çok ağır biçimde bozan hastalıklar görülebilmektedir. Sırasıyla SSPE, felçler, karaciğer kanseri gibi.. Yalnız aşılananların değil, ülkesel ve küresel toplumun da yaşam niteliği iyileşir; bu herkesin 3. Kişilere moral ve etik sorumluluğudur! | **OLGUYU ÇEVRELEYEN DIŞ ÖGELER**<br><br>**Thomas Hobbbes :** Etik laikleşmeli.<br>Toplumun koyduğu kurallar Etik için ölçü olmalı.<br>**İ. Kant etiği :** Saf adalet ülküsü, ***SAPERE AUDE!***<br>**Francis Hutcheson** : En iyi eylem, en çok sayıda insana yarayandır. (Yararcı - Faydacı Utilitarian - Liberal ve Kamusalcı - Toplumcu görüş..)<br>**Liberaller :** Bireye karar ve seçimlerinde çok geniş özgürlük alanı tanır. Devlet ve düzen büyük ölçüde ayak bağı sayılıp dışlanmaktadır.<br>- Türkiye'de ***laik - seküler düzen***den uzaklaşma kaygı vericidir. Topluma akla - bilime dayalı eğitim yapılmalı, değer yargılarının bu yönde oluşması desteklenmelidir. Sağlık Bakanlığı topluma etkin - yaygın - bilimsel - sürekli sağlık eğitimi vermelidir. |

**John Rawls,** Adaleti 2 temel ögenin dengesine dayandırır *(Adalet Teorisi ve Temel Kavramları*, İmaj yay.)

1. Özgürlüklerin korunması
2. Eşitsiz *(dezavantajlı, handikaplı)* toplum kesimlerinin korunması..

Bu bağlamda, toplumda aşı yapılmayanların çoğalması, alt sosyo-ekonomik katmanlarda yaşayan yoksul aileleri ve çocuklarını daha da zedelenebilir *(vulnerable)* kılabilir. Konut ve çevre koşullarının olumsuzluğu, barınma, yeterli-dengeli beslenme, giyinme, sağlık ve eğitim hizmetlerine erişim eşitsizliği olan **YOKSUL** çocuklar, daha çok bulaşıcı hastalık riski altındadır ve bu hastalık etmenlerine karşı savunmaları zayıftır.

DSÖ de sağlığın sağlık dışı sosyal - ekonomik - kültürel belirteçleri *(determinantları)* arasında **YOKSULLUĞU** ilk sırada vurgulamaktadır (Bonita-Beaglehole, Public Health at the Crossroads. Cambridge Univ. Press 2nd ed. WHO, Geneva, 2004).

**AYM**'nin somut olayda AY md. 17'nin çiğnenmesiyle bireysel hak ihlaline karar vermesi, bu ilkeye de ters..
**AYM**'nin somut olayda ***"Tabula Rasa"*** düzleminde kaldığını ve bu yöntemi uyguladığını söylemek zordur :

| Yansız | Önyargısız |
|---|---|
| **Savunma - suçlama ikilemine düşmeden** | **Yalnızca gerçeği arama** |

11 Kasım 2015'te, Anayasanın 148. maddesi uyarınca bireysel başvuruyu alan Yüksek Mahkeme,
24 Aralık 2015'te, oldukça kısa sayılabilecek bir sürede görece kapsamlı incelemesini tamamlamış ve gerekçeli kararını vermiştir. Bilindiği gibi AYM kararları herkesi bağlayıcıdır (Anayasa md. 138/son).

## Sonuç ve önerilerimiz :

Kapsamlı hukuksal ve ***etik çatışma çözümlemesi*** - ***temellendirmesi*** bağlamında şu sonuçlara varabiliriz :

Anayasa md. 138/son uyarınca;

- *"Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez."*

Öte yandan, 0-6 yaş çocukların yaygın olarak aşılanması yaşamsal önemdedir, ertelenemez ve ivedidir. Hiçbir biçimde aksamasına izin verilemez. Ülke nüfusu resmen 79 milyonu geçmiştir, 3 milyon Suriye-Iraklı, 30+ milyon/yıl turist, 1 milyon dolayında kayıtdışı-yabancı insan.. DSÖ verileriyle *yeni ortaya çıkan* bulaşıcı hastalıklar ve unutulduğu halde *yeniden hortlayan* hastalıklar da düşünüldüğünde; DSÖ ve UNICEF'in üzerine titrediği GBP-*Genişletilmiş Bağışıklama Programı* ödünsüz yürütülmelidir; Bilimin net gereği budur!

Biz ***AYM'nin kararına katılmıyoruz***. Karşıoy yazısı yazan sayın üyenin ve TTB'nin Tıp Uzmanlık Dernekleriyle hazırladığı rapor gerekçelerini paylaşıyoruz. Ayrıca kapsamlı olarak sunduğumuz etik gerekçelerimiz vardır. Kararı eksik ve hatalı, sakıncalı, ***kamu - halk sağlığı açısından açıkça TEHLİKELİ buluyoruz.***

**Bilim, toplumun vicdanıdır.. Adalet,** salt *temel hak ve ödevler* ekseninde, statik normlarla sağlanamaz.
***Toplumsal Yarar, Yük ve Sorumluluklar*** ile birlikte 3 boyutlu ve dinamik olarak kavranmalıdır.
**Ulpianus,** Adaleti; onunla yaşamak, başkasına zarar vermemek ve herkese kendisine ait olanı vermek olarak tanımlamakta.. taa MÖ 2. Yüzyıldan…

**Dağıtıcı adalet** felsefesinin gerekleri, AYM'nin irdelenen kararı ile yerine getirilmiş sayılamaz.
**Denkleştirici adalet** beklentisi açısından da AYM'nin somut olayda hak ihlali kararı yerinde değildir.

TNSA 2013 verisiyle 0-6 yaşta, yaşına göre tam aşılı olanların oranı %74'tür; her 4 çocuktan 1'i yaşına göre tam aşılı değildir! Yaygın beslenme sorunu başta olmak üzere başkaca nedenlerle aşılanan çocukların da

ne oranda bağışık yanıt verdiği bilinmemektedir. Bu durumda, aşıyla korunulabilir hastalıklardan **salgın riski** gündemdedir. İvedilikle 1593 sayılı yasaya bir madde ekleyerek ya da değişiklik yaparak AYM'nin *açık yasal norm yokluğu* temelli ancak yaşamın gerekleriyle bağdaşmayan ***hak ihlali*** gerekçesi giderilmelidir.

Sağlık Bakanlığı'nın bir yıldır adım atmaması çok rahatsız edicidir ve kimi kuşkuları çağrıştırıcıdır. Bu tutum - politika, Yönetimin sorumluluğu, ***Yönetim - Yönetici - Kamu görevlileri Etiği*** açısından da ağır sorunsaldır.

Ardından, aşı dışı öbür zorunlu tıbbi tedavi ve girişimlerin de yapılabilmesinin AYM kararı ile tehlikeye girmesi sorununu çözmek üzere katılımcı yollarla kapsamlı yasal düzenleme hızla yapılmalıdır. Aksi durumda ***karmaşa (kaos) kapıdadır hatta halen yaşanmaktadır***...
Sorun salt Türkiye toprakları ve nüfusu ile de sınırları değildir; *bölgesel hatta küresel tehditler* içermektedir. TNSA 2013 verileriyle 0-6 yaş diliminde süregen - ağır beslenme yetersizliği nedeniyle ileri düzeyde boy kısalığı *(bodurluk)* % 10 oranındadır ve bu durumda yarım milyonu aşkın çocuk vardır. Suriye - Irak kökenli yabancıların çocukları da yarım milyonu aşkındır ve genel sağlık koşulları çok yetersizdir. Bu zedelenebilir kesimlerin özellikle ve öncelikle aşıyla korunulabilen hastalıklara karşı bağışıklanması bilimsel zorunluluktur. Etkin - yaygın - sürekli bağışıklama hizmetleri aksarsa, bulaşıcı - salgın hastalıklar riski kapıdadır. Anayasa, 56. maddesi ile herkese sağlıklı - dengeli bir çevrede yaşama hakkı tanımakta ve Devleti yükümlemektedir.

**********

## K a y n a k l a r .....


- **Başlıca kaynak:**
  Seminer dersi sorumlusu **Prof. Dr. Gürol Cantürk**'ün derslerinde tuttuğumuz notlar. Ankara Üniv. Sağlık Bil. Ens., 2016-17 Güz
- **Prof. Dr. Gürol Cantürk**'ün ADLİ PSİKİYATRİ derslerinde tuttuğumuz notlar. AÜTF Adli Tıp AbD, 2016-17 Güz
- Prof. Dr. Salih Yaşar ÖZDEN, ADLİ PSİKİYATRİ. Nobel yay. 2. Bs. 2015, İstanbul.
- Dinçmen K. Adli Psikiyatri, Birlik Yayınları, İstanbul 1984.
- Prof. Dr. ***Nüket Örnek Büken*** ve Doç.Dr. ***Müge Demir***'in BİYOETİK derslerinde tuttuğumuz notlar. HÜTF Biyoetik AbD, 2016
- **Web kaynakları** metinde geçtikleri yerlerde gösterilmiştir.
- Biyoetik Terimleri Sözlüğü. Türkiye Felsefe Kurumu yay. 2005
- Hekimlik Meslek Etiği Kuralları. Türk Tabipleri Birliği, 1998.
- UNESCO Biyoetik Kurullar Kılavuzları 1-2-3
- Principles of Biomedical Ethics. Eds. Tom L. Beauchamp and James F. Childress. 7th ed., 2013.
- Tıbbi Deontoloji Tüzüğü. Bakanlar Kurulu Kararnamesi: No.4/12578 - 13 Ocak 1960, RG : 19.2.1960; sayı 10436.
- Charter of Fundamental Rights of the European Union. (2000/C 364/01), pdf.
- Medicine and Law. World Association for Medical Law, Probook 2013, pdf.
- Medical Ethics Manual. World Medical Association. 2015 (www.wma.net, pdf)
- 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Yasası : RG 6 Mayıs 1930, sayı 1489.
- Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında 663. Sayılı Kanun Hükmünde Kararname. 2.11.2011, RG 28103-mük.; 6/4/2011 tarih ve 6223 s. Yetki Yasası'na dayalı.
- Türk Medeni Kanunu. RG 8/12/2001, sayı 24607 (ilgili maddeleri)
- T.C. Anayasası (2709 sayılı yasa). RG 9/11/1982, sayı 17863 (Mük.) (ilgili maddeleri)
- Hasta Hakları Yönetmeliği. RG 01.08.1998 no: 23420 (ilgili maddeleri)
- İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi (Oviedo Sözl.). Uygun bulma yasası no 5013, RG 9.12.03, 25311.
- BM Çocuk Hakları Sözleşmesi ve Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözl. Kabulü 20.11.1098.
- Charter of Fundamental Rights of the European Union. (2000/C 364/01) (Nice, 7 Nov. 2000, esp. Art. 35)
- BM *Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi* ile *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi* (Sağlık Standardı 12. md.) (İkiz Sözleşmeler, ilanı 1976; TR'de kabulü 16 Aralık 1996)
- İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (İHEB, UDHR). BM, 10 Aralık 1948.
- İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesi (AİHS - AİHM). Avrupa Konseyi 4 Kasım 1950.
- Türk Tabipleri Birliği Etik Bildirgeleri. TTB Etik Kurulu, Mayıs 2010.
- Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Ahlakı Kuralları. *www.ttb.org.tr/kutuphane/h_etikkural.pdf*, Mayıs 2012.
- Hakeri, H. Ülkemizde Zorla Aşı Yapılabilir mi? MEDİMAGAZİN, 10.02.2016.
- Hakeri, H. Sağlık Hukuku El Kitabı. Seçkin Yayıncılık, 2014.
- Tunçer, P. Sağlık Hukuku Temel Bilgiler. Adalet Yayınevi, 2016.
- Kuçuradi, İ. İNSAN HAKLARI : Kavramları ve Sorunları. Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 2011.
- Uygur, G. Hukukta Adaletsizliği Görmek. Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 2013
- Saltık, A. Sağlık Mevzuatı (Turkish Health Legislation), *http://ahmetsaltik.net/arsiv/2016/10/Saglik_Mevzuati.pdf*