





TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SAĞLIK BİLİMLERİ ENSTİTÜSÜ



**ANAYASA MAHKEMESİ'NİN AŞI REDDİNİ
ANAYASAYA UYGUN BULAN KARARININ
SAĞLIK HUKUKU AÇISINDAN İRDELEMESİ**

Ahmet Saltık, Yaşar Bilge

*Prof. Dr. MD, MSc, BSc, Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi
Halk Sağlığı Anabilim Dalı, Cebeci Hastanesi, Dikimevi - Ankara,
(Yazışma için; profsaltik@gmail.com)*

Prof. Dr. MD, Ankara Üniv. Tıp Fak. Adli Tıp Anabilim Dalı, Ankara

3. Uluslararası Sağlık Bilimleri Kongresi, OP-232

Ankara, 01.12.2018

Ne oldu??

Anayasa Mahkemesinin (AYM), anababanın çocuklarına Sağlık Bakanlığınca aşı uygulanmasını reddine ilişkin bireysel başvuru kararları yeni ve yalnızca 2 dosyadır. Dolayısıyla bu kararların hukuk ve tıp dünyasında bilimsel tartışmaları henüz oldukça sınırlıdır. Kaldı ki, AYM'nin 2 kararı da somut yasal norm eksikliğine dayandırılmış olup, hukuk dünyasında çok heyecan uyandırmış ve yankı yaratmış değildir. Oysa tıp dünyasında ve kamuoyunda, Yüksek Mahkemenin 2 içtihadı geniş tartışmalara ve sorunlara yol açmıştır.



Anayasa Mahkemesinin aşı kararı

- Anayasa Mahkemesi (AYM), 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Yasasında salt **Çiçek** aşısının zorunlu tutulduğu, öbür aşıların herhangi bir yasada zorunlu kılınmaması nedeni ile Anayasa'nın 17'nci maddesinde yer alan *kişinin maddi ve manevi varlığının korunması* gerekçesiyle 2 bireysel başvuruda yerel mahkeme kararını bozdu ve Çiçek dışında düzenli (rutin) aşıların *zorunlu olmadığına* karar verdi.
- AYM kararlarında, Anayasanın 13. maddesine de gönderme yaparak, **temel hak ve özgürlüklerin.... ancak yasa ile sınırlandırılabilceğini**, aşı yaptırıp - yaptırmama kararının bu bağlamda görüldüğü ve eksik yasal düzenleme nedeni ile kişilerin aşuya zorlanamayacağını gerekçesinde belirtti.

Ne oldu??

Sorun - **aşı reddi**, genelde informal tartışılır, basında popöler yazılara, yer yer sansasyonel haberlere konu edilirken; bir yandan da tehlikeli biçimde yayılma eğilimi göstermektedir. *(2017 sonunda 23 bin aile!)*

İki ailenin, çocuklarına Sağlık Bakanlığınca öngörülen **aşuları yaptırmayı reddi** üzerinden gündeme giren Mediko-Legal ve Etik sorun, daha önce Türk toplumunda deneyimlenmemiştir. Bu bakımdan yerel - ulusal ölçekte kapsamlı bir yazın (literatür) çalışması yoktur.

İkiz bebeklerine aşı yaptırmayan savcının hukuk zaferi



Anayasa md. 12/2 :

“Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da içerir.”

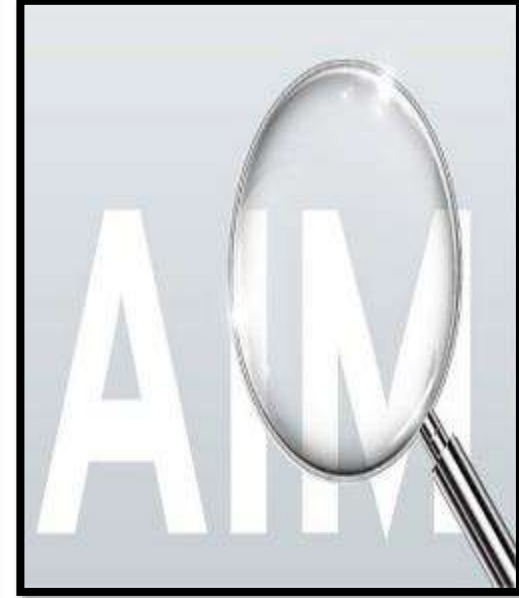
**Oysa Aşı reddedilemez; toplum ve kişi yararını, yurttaş sorumluluğunu hiçe saymaktır!
“Zafer” olsa olsa ironiktir..**

Sorun çok boyutlu..

Uluslararası düzlemde benzer örnekler çok değildir. Dolayısı ile Türkiye’de bu sorunun kendi özgün dinamikleriyle ancak **Anayasanın bütüncül değerlendirilmesiyle,** **hukukun evrensel kabul gören yüksek ilkeleri** *jus cogens, İHEB, tıp ve hukuk etiği, uluslararası andlaşmalar* ışığında; gündelik siyasal kaygılar vb. gerekçelerle savsaklanmadan, *tabula rasa sistematiği* ile önyargısız ve hızla **yasal çözüme** kavuşturulması gerekmektedir. Sorunun çok boyutlu olduğu ortadadır. Hukuktan Tıbbı, Sosyolojiden Antropolojiye, Felsefeden onun alt dalı olan Etik ve Biyoetike, Ekonomiden Kamu Yönetimine dek birçok disiplini ilgilendirmektedir.

Çalışmanın amacı

- **Bu çalışma;**
- Son birkaç yıldır Türkiye’de ve yer yer dünyada karşılaşılan ve büyüme eğilimi gösteren, bir yanda ciddi kamu - toplum - halk sağlığı; öbür yanda, hukuk ve temel insan hakları - özgürlüğü, kişi özerkliği, Etik sorunununun, Anayasa Mahkemesinin 2 bireysel başvuruda davacılar lehine verdiği *hak ihlali* kararları üzerinden tartışılması, sağlık hukuku kaynakları ışığında, bu ciddi güncel **Hukuksal çatışma**ya - soruna çözüm önerileri sunulması amaçlanmaktadır.



Bağımlı – bağımsız değişkenler

- Çalışmamız, tanımlayıcı - çözümleyici bir **Sosyal ya da Mediko-Legal Epidemiyolojik temele** oturmaktadır.
- **Bağımlı değişken** Anayasa Mahkemesinin söz konusu 2 hak ihlali kararı ve hukuksal gerekçeleri olurken;
- **Bağımsız değişkenler** bu kararların Yüksek Mahkemece ileri sürülen mevzuat gerekçeleri ve AYM'nin gerekçe yapmadığı ancak çocuğun - toplumun gerçekte birbiriyle çatışmayan ama örtüşen üstün yararı - sağlık güvencesi bakımından gerekçe yapılabilecek başta Anayasa maddeleri (5, 10, 12/2, 41, 56, 90/son vd.), iç hukuka mal edilmiş uluslararası hukuk mevzuatı pozitif normları (İHEB), **hukuk**, hukukun evrensel kabul gören yüksek ilkeleri (**jus cogens, grundnorm..**) olacaktır.

Tezin varsayımları (hipotezleri)

- H_0 : AYM'nin 2 bireysel başvuruda davacılar lehine verdiği zorla aşı uygulamasını hak ihlali sayan kararları, ***hukuka uygundur.***
- H_1 : AYM'nin 2 bireysel başvuruda davacılar lehine verdiği zorla aşı uygulamasını hak ihlali sayan kararları, ***hukuka aykırıdır..***

AŞILAR, HER YIL 3 MİLYON ÇOCUK ÖLÜMÜNÜ ÖNLÜYOR



- Günümüzde aşıyla önlenbilir 27 hastalık var.
- **Her yıl 3 milyon ölüm önlenabiliyor.**
- Bu rakama 1,5 milyon daha eklenebilir.
- 750 000 çocuk engelli kalmaktan korunuyor.

Yasal Yaptırımlar ve Cezalar

- *Aşı ile ilgili, konunun öneminden kaynaklanan, farklı ülkelerde çok değişik uygulamalar ve **ceza** yaptırımları söz konusudur.*
- Bu yasal yaptırımlar gereği, çok sayıda ve değişik içerikte yargı kararı verilmekle birlikte, alınan kararlar her zaman aşı yandaşı olmamaktadır.

Farklı ülkelerden yasa örnekleri

- *İtalya ve Almanya'da aşılarını çocuklarına zamanında uygulatmayan anababalara 7500 €'ya varan para cezaları Meclisten geçmiştir.*
- **Fransa ve Romanya'da çocuklar aşıları tamamlanmadan okullara kabul edilmemektedir.**
- *Avustralya'da aşısız öğrencileri kabul eden okullara 4400 \$'a varan ceza uygulanmaktadır.*

İtalya örneği-1

- Aşı ile önlenabilir hastalıklara bağlı ölümlerin büyük çoğunluğu, kaynakların yetersiz olduğu yoksul ülkelerde görülmekle birlikte, **aşı karşıtı** kesimlerin etkisi ile gelişmiş ülkelerde de son yıllarda belli oranlarda morbidite ve mortalite artışı izlenmektedir.
- İtalya'da kızamık aşılama oranı aşı karşıtları nedeni ile **%80'in altına** inmiştir. Bunun sonucunda kızamık olgu sayısı, bir önceki yılın üç katına ulaşmıştır.



İtalya örneği-2

- Son yılın ilk altı ayında İtalya'da 4400 kızamık olgusu ve kızamığa bağlı üç ölüm izlenmiştir.
- Bu ölümlerden 1'i, immün yetmezliği olan çocuktur.
- İtalyan Parlamentosu **16 yaşa dek tüm çocukluk aşılarını zorunlu kılan** bir yasayı 2017'de benimsemiştir.
- Okul öncesinde aşilar tamamlanmazsa **500 € ceza** öngörülmüştür (Belluz, 2017).



Aşı yaptırmamak = cinayet!?

- Henüz hiçbir ülkede anababalar çocuk istismarı ile suçlanmasa da, yargılama sürecinde tedbir kararları çok ender değildir.
- Kimi makalelerde istismar düzeyinin ötesinde aşı karşıtlığı, hem çocuk hem de toplum bağışıklığı açısından **cinayet girişimi** olarak yorumlanmaktadır.
- TCK md. 175'te, '*.. başkalarının hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından tehlikeli olabilecek şekilde ihmal eden kişi*, altı aya kadar hapis veya adlî para cezası ile cezalandırılır.' hükmüne yer verilmektedir ve velayet öznelerinin çocuklarına aşı yaptırmamaları durumunda bu yaptırımla karşılaşmaları olanaklıdır.

Aşı reddedilemez :

Toplum Yararını hiçe saymaktır!

- Kim, neye ve kime karşı utku (!) kazandığını bilmiyor. Yalnızca yasal boşluklardan yararlanılarak bir «utku» (!?) kazanıldığı düşünülüyor!?
- Anayasa md. 13, *Hasta Hakları Yönetmeliği md. 24 vd.*
- *“Tıbbi zorunluluklar ve yasalarda yazılı durumlar dışında, rızası olmaksızın kişinin vücut bütünlüğüne ve öbür kişilik haklarına dokunulamaz.”* (Anayasa md. 17/2)
- “Birey lehine” mevzuattan yararlanılıyor ancak;
- *“**Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da içerir.**”* (Anayasa md. 12/2)..
- **İHEB m. 30 da hakkın kötüye kullanımını yasaklar.**

Aşı reddedilemez : Toplum Yararını hiçe saymak...

- *Umumi Hıfzıssıhha Yasası, m. 89*
- *“Türkiye hudutları dahilinde doğan her çocuk doğumu takip eden ilk dört ay içinde aşılanır. Çocuğun baba ve annesi aşı mecburiyetinin ifa edilmesinden aynı suretle mesuldürler .”*
- *Karşıtlar, “Birey özgürlüklerini doğrudan yasal düzenleme olmadan kısıtlayamazsınız..”* demektedir.
- Hukuksal bir ilke olarak makul ve geçerli.
- Ancak konu “Sağlık” ve “Halk Sağlığı” olduğunda geçerli ve yeterli bir savunma mı ?
- Sorun, «aşı» ise kısıtlanan bireysel özgürlük mü?

Aşı reddedilemez; Toplum Yararını hiçe saymak demektir..

- Kişi, kendi kendine ve yalnızca kendisi için var olan, toplumsal yaşamdan soyutlanmış bir varlık değildir.
- *Her durumda yoğun toplumsal ilişki ve etkileşim içindedir; Sosyal varlık!*
- Toplum sağlığını sözde «bireysel özgürlüğe» kurban eden ve bilimsel temele dayanmayan keyfi ya da kanıt nitelikli olmayan gerekçelere dayalı **aşı reddi**, savunulabilir ve hukukça korunulabilir olamaz.

TIBBİ MÜDAHALE ZORUNLU İSE; ANABABA RIZA GÖSTERMESE DE.. (1)

Anababanın gözetimi ve denetimi altında olan çocuğa tıbben müdahale gerekli ise ve bu; çocuğun sağlığı bakımından önemli ise bu müdahale anababanın izni olmasa da yapılmalıdır.

Anababanın çocuk için yapılması gereken bir tıbbi müdahaleye izin vermemesi durumunda, TCK'daki *bakım ve gözetim yükümlülüğünün ihmali suçu* gündeme gelebilecektir.

**Çocuk için bu tıbbi müdahale zorunlu ise,
anababa riza göstermese de
doktor çocuğa tıbbi müdahalede bulunabilir.**

(Sözür, Ceza Hukuku Uygulama Rehberi, 2015:32)

TIBBİ MÜDAHALE ZORUNLU İSE; ANABABA RIZA GÖSTERMESE DE.. (2)

Genel sağlığın söz konusu olduğu durumlar :

Genel sağlığı koruma amacı gözetilerek çeşitli mevzuatta kişilerin rızası aranmaksızın tıbbi müdahale yapılabileceği düzenlenmiştir.

Bunlara örnek olarak salgın ve bulaşıcı hastalıkların önlenmesi, 0-2 yaş bebeklerin menenjit, çocuk felci gibi kimi tehlikeli hastalıklardan korunabilmesinin sağlanması amacıyla

ZORUNLU AŞI YAPILMAKTADIR. Örneđin salgın hastalık nedeniyle aşı yapılması gerekiyorsa, bunun için de **RIZA ARANMAZ.**

Yine UHK'nun 57. maddesinde humma, kara humma gibi bulaşıcı ve salgın hastalıklarda **RIZA ARANMAMAKTADIR.**

(Sözür, Ceza Hukuku Uygulama Rehberi, 2015:32)

AYM, kararını salt m. 13 ve 17'ye dayandıramaz

- AYM'nin Aysal - Bayram davalarına ilişkin kararını aktarırken vurguladığımız üzere;
- AYM, rıza koşulunu kaldıran **“tıbbi zorunluluk”** istisnasını (AY m. 17/2) yorumlamakta ve açık - yakın - somut hatta *gerçekleşmiş* risk durumları ile sınırlandırmaktadır.
- **Aşı yaptırmamak, bilimsel terimleriyle **“tehlikeli bir davranış”** tır.** Tehlikeli davranışlar, uzay-zamanda, olasılıklar çerçevesinde **“riskin gerçekleşmesi”** sonucu doğurur.. Burada salgın - hastalık riski büyüktür.

AYM, kararı Anayasanın bütünlüğü ilkesine ters

- ✓ Verili “An” ve “Yer” de aşı yaptırmama tehlikeli davranışının “kestirilemeyen yer ve ileride” önemli riskler, giderimi olanaksız zararlar, kalıcı ve ağır engellilikler, hatta **ölüm** sonuçlarını doğurabileceğinin öngörülmesi de gerekir.
- ✓ Bugün için riskler güncel - somut - yakın görülmese de -ki böyle olması / algılanması yaygın aşılama sayesinde gerçektir (*realistik*) ve olasılıkları, görmezden gelmeyi haklı kılacak derecede düşük değildir.
- ✓ Bu riskler; salgın - erken ölüm - engellilik olup sonsuz uzakta ve irak coğrafyalarda da değildir genellikle. **AYM, tıbbi zorunluk kavramını bilimsel olarak yanlış değerlendirmiştir.**

AYM, kararı Anayasanın bütünlüğü ilkesine ters

- ✓ Dolayısıyla, Anayasanın öbür normlarının da karar sürecinde bütünlüklü olarak ele alınması zorunludur.
- ✓ Md. 2 hukuk devletini, md. 5 Devletin ödevlerini, md. 12/2 yurttaşların topluma karşı sorumluluklarını, md. 41 çocuğun üstün yararının korunması ve bakımdan yararlanmasını, md. 56 herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkını, md. 90/son ulusalüstü hukuku... düzenlemektedir.
- ✓ Bu bağlamda, aşığı zorunlu kılan birçok yasa eşdeğerli uluslararası metin, Başta **Biyotıp Sözleşmesi** ve **BM ÇHS...** iç hukukta yürürlükte dir. Doğrudan temel hak ve özgürlükler alanında olan bu normlar, iç hukukta yasalarla çeliştiğinde üstün ve öncelikli olup, dikkate alınmaması kabul edilemez.

Aşılar tıbbi zorunluluktur; rızaya bağlanamaz!

- Son kez dikkat çekelim :
- Anayasa md. 17/2. fıkraya dayandırılan AYM kararı, tam da bu kararı gerekçesiz bırakan içeriktedir. Şöyle ki :
- ***Madde 17 – Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.***
- Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz...
- ***Aşılar tıbbi zorunluluktur; rızaya bağlanamaz!***
- Anayasa m. 12/2, 41, 56, 90.. bütünsel değerlendirilmelidir.

AYM kararı hukuka uygun değil!

- AYM'nin dikkate almadığı ancak çocuğun - toplumun ***gerçekte birbiriyle çatışmayan ama örtüşen*** üstün yararı, sağlık güvencesi bakımından gerekçe yapılabilecek başta ulusal hukuk ve Anayasa m. 90/son ile ona usulüne uygun katılmış uluslararası hukuk mevzuatı pozitif normları; bilim, tıp ve hukuk etiği ilke - değer ve standartları, hukukun evrensel kabul gören yüksek ilkeleri, İHEB m. 30 (***jus cogens***, *grundnorm..*) ve karara karşı 1 AYM üyesinin karşıoy yazısında (*muhalefet şerhi*) sunduğu, yerinde ve çok güçlü gerekçelere dayanarak;

H₀ hipotezimizi reddettik..

- Başlangıç varsayımımız (hipotezimiz) olan
- Tanımladığımız “Bağımlı ve bağımsız değişkenlerin *ilişkili olmadığı* önermesini”
- Ya da “**AYM’nin söz konusu 2 kararının hukuka uyarlı olduğu**” ilişkisizlik önermesini (H_0 hipotezi);
- Çok sayıda nesnel ve güncel bilimsel - **hukuksal..** kanıta dayalı (*evidence based*) olarak;
- **reddetmiş oluyoruz.**



**Teşekkür
ederim...**