

ANAYASA MAHKEMESİ'NİN AŞI REDDİNİ ANAYASAYA UYGUN BULAN KARARININ SAĞLIK HUKUKU AÇISINDAN İRDELEMESİ¹

Ahmet SALTİK*, Yaşar BİLGE**

*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 Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı, Cebeci Hastanesi, Ankara

ÖZET

Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı² Uşak ve Mersin İl Müdürlüğünce, başvuru çocukların bebeklik aşılarının anababasına yaptırılmaması nedeniyle, çocuklar hakkında 5395 sayılı yasa md. 5/1-d uyarınca sağlık tedbirine karar verilmesi yerel mahkemeden istenmiştir. Anayasa Mahkemesi (AYM) Genel Kurulu 11.11.2015 ve 26.10.2016'da zorunlu aşı uygulaması hususunda verilen tedbir kararları nedeniyle bireysel başvuru haklarını kullanan davacıların maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Velayet altındaki çocuğa aşı yapılmasının kabul edilmemesi ve zorunlu aşı uygulamasının açık yasal dayanağı olmamasına karşın, yerel Mahkemece sağlık tedbiri kararı verilmesi nedeniyle çocuğun vücut bütünlüğünün ihlal edildiği belirtilerek Anayasanın 17. maddesinde tanımlanan maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiği savlanmıştır. İki hak ihlali kararı kamuoyu ve uzmanlık çevrelerinde tartışmalara yol açmıştır. Türk Tabipleri Birliği ve Tıp Uzmanlık Dernekleri, toplum yararının birey özerkliği gerekçesiyle çığnenebileceği anlayışını **çok tehlikeli** nitelemiş; duyarlı kişilerin aşılınmasıyla toplum düzeyinde etkin ve güvenli koruma sağlanabilen bulaşıcı hastalıklar dikkate alındığında, bir değer olarak hiçbir şeye ikincil olmayan *toplum yararı* ile *çocuğun yüksek yararının* bireysel onamın (rızanın) üzerinde olduğu ve gerçekte bu 2 değer çatışmadığı savunulmuştur. Başta BM Çocuk Hakları Sözleşmesi ve Biyotıp Sözleşmesi... Türkiye'nin taraf olduğu (Anayasa md. 90/son) bağlayıcı milletlerarası andlaşmalarda aşılar, her durumda çocuğun en üstün yararı adına hak ve yükümlülüktür. 17. madde hak ihlali kararına gerekçe yapılırken gerek bağlayıcı milletlerarası andlaşmalar gerekse Anayasanın 2, 5, 12/2, 41, 56 ve 90. maddeleri anayasanın bütünsel yorumlanması zorunluğuna karşın ihmal edilmiştir. 17. maddede aranan Tıbbi zorunluk koşulunun hukuksal nitelemesi eksik - yanlış yapılarak, bilimsel (*Epistemolojik*) yanılığa düşülmüştür. Sağlığın korunmasında yaşamın bütünselliği göz ardı edilerek "*Ontos*"un (Varlık'ın) bütüncül (*holistik*) niteliği gözden kaçırılmış ve ciddi *Ontolojik* hata yapılmıştır. Anayasanın ilgili öbür hükümlerinin de karar sürecinde bütünlüklü olarak irdelenmesi, dengeleme yapılması zorunludur. Örneğin Anayasa md. 56 herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkını düzenlemektedir. Aşırı zorunlu kılan yasa eşdeğerli birçok uluslararası metin iç hukukta yürürlüktedir, dikkate alınmaması Anayasaya aykırıdır. Doğrudan temel hak ve özgürlükler alanında olan bu normlar, iç hukukta yasalarla çeliştiğinde üstün ve öncelikli olup (AY md. 90/ son), gerçekte yasal norm boşluğu yoktur. Sorun ciddidir, aşı reddi yayılmaktadır ve **tüm toplum salgın riski altındadır**. Hukuk bilimle çelişemez ve keyfi, irrasyonel savunmaları hiçbir gerekçeyle koruyamaz; velayet hakkı da mutlak - sınırsız değildir. 1593 sayılı yasada "boşluk" savı hızla giderilerek çocuk aşıları zorunlu kılınmalıdır.

Anahtar Sözcükler : Aşı reddi, Hak ihlali, Tıbbi zorunluk, Anayasa Mahkemesi, Epistemoloji, Ontoloji, Sağlık Hukuku, Aydınlatılmış onam (rıza)

SUMMARY

Evaluation of Judicial Orders by Turkish Constitutional Court Due to Individual Applications As Violation of Right on The Basis of Compulsory Vaccination: Health Law Aspect

Turkish Ministry of Family and Social Policies has opened files at local courts in Turkish Provinces Uşak and Mersin on the basis of issuing legal judicial orders in order to administer compulsory

¹ 3. Uluslararası Sağlık Bilimleri Kongresinde sözlü bildiri olarak (OP-232) sunulmuştur, 01.12.2018, Ankara

² 9 Temmuz 2018 sonrasında Aile Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı

vaccination on 2 children whom their parents have refused to get their children vaccinated by official Turkish health authorities via Turkish Code of Children Protection numbered 5395 (Çocuk Koruma Kanunu) article 5/1-d).

The Great Chamber of Turkish Constitutional Court, on 11th Nov 2015 (application no : 2013/1789), and Second Division of the Court in another file, on 26th Oct 2016 (appl. no 2014/4077) ruled violation of basic individual rights orderly by majority votes and unanimously due to compulsory vaccination administration. Turkish Constitutional Court ordered renewal of jurisdiction at the local courts by defending violation of right to protection of material and spritual existence of children through mandatory vaccination.

Litigators defended their right of parental custody delineating with obligatory infancy – childhood vaccines and demanded abolishing the orders of local courts that imperate themselves to get their children vaccinated by arguing non-existence of a clear legal norm for compulsory vaccination before art. 13&17 of Turkish Constitution in which individual right to protect material and spritual values and continuing integrity of body are strictly preserved. And Turkish Constitutional Court have accepted this thesis and demands of litigators basicly on the issue of non-existence of a clear legal norm for compulsory vaccination before art. 13 &17.

These two resolutions by Turkish Constitutional Court have opened a great scale of discussions in both public and scientific opinions. Turkish Medical Association and related Medical Specialty Branches have defined this decision very dangerous concerning ignorance of public health and benefit for the sake of individual autonomy or legal consent by a generalized approach and interpreted that by vaccinating sensitive groups, at population scale prevention against certain contagious even epidemic diseases which can be protected by vaccines and this result produces both individual and public benefit as their major thesis in which, individual consent/autonomy should be treated secondarily against public benefit and high beneficiary of children which is second to none. In fact, two values as of preserving the right of individual autonomy – getting consent for vaccination and protecting public health are not necessarily in conflict. Among legal circuits, different arguments have still been discussing.

By this thesis, both medical/public health and jurisdictional, ethical aspects of two case rules / orders of Turkish Constitutional Court have been discussed and presented reasonable proposals for resolution. As we concluded, 2 judgements ruled by the Turkish Constitutional Court concerning violation of right by litigating bodies due to mandatory vaccination are not fair and not in conformity with law. Additionally, so called 2 rules of Turkish Costitutional Court are critically defective and crippled by Epistomologic and Ontologic point of view.

Key words : Compulsory vaccination, Constitutional Court, individual autonomy, legal consent, parents' right of custody, right of health, vaccine refusal, violation of right. Health Law

GİRİŞ – AMAÇ

«Ulusun tüm bireylerinin Sağlıklı olmaları için Sağlık koşullarını gerçekleştirerek, Devlet durumunda bulunan siyasal kuruluşların EN BİRİNCİ görevidir.»

Gazi Mustafa Kemal ATATÜRK

Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığınca başvuru çocukların aşılarının anababasınınca yaptırılmaması nedeniyle, 5395 sayılı yasa uyarınca sağlık tedbiri uygulanmasına karar verilmesi yerel mahkemeden istenmiştir. Anayasa Mahkemesi (AYM) 11.11.2015'te (Başvuru No: 2013/1789) ve İkinci Bölümü 26.10.2016'da (Başvuru no 2014/4077) zorunlu aşı uygulaması hususunda verilen tedbir kararları nedeniyle bireysel başvuru yapan davacıların maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir.

Türk **Anayasa Mahkemesinin** (AYM), anababanın çocuklarına Sağlık Bakanlığınca aşı uygulanmasını reddine ilişkin bireysel başvuru kararları yaklaşık 3 yıl öncedir ve 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.

AYM, 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Yasasında salt Çiçek aşısının zorunlu tutulduğu, öbür aşılarda herhangi bir yasa ile 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*) aşılarda zorunlu olmadığına karar verdi. AYM kararlarında, Anayasanın 13. maddesine de gönderme yaparak, temel hak ve özgürlüklerin... *ancak yasa ile sınırlandırılabilceğini*, anababanın çocuklarına aşı yaptırmayı - yaptırmama kararının bu bağlamda görüldüğü ve eksik yasal düzenleme nedeni ile kişilerin aşıya zorlanamayacağını gerekçesinde belirtti.

Sorun -aşı reddi-, genelde informal tartışılır, basında popüler 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 aşılarda yaptırmayı reddi üzerinden gündeme giren Mediko-Legal ve Etik **Sağlık Hukuku** sorunu, daha önce Türk toplumunda deneyimlenmemiştir. Bu bakımdan yerel - ulusal ölçekte kapsamlı bir yazın (*literatür*) çalışması yoktur.

Çalışmanın Özgünlüğü

Türkiye'de böylesi bir hukuksal uyuşmazlıkla **sağlık hukuku** alanında ilk kez karşılaşmaktadır. Yazın (*literatür*) taramasına göre Uşak ve Mersin'den olmak üzere 2 yargısal başvuru söz konusudur. Çocuklarına aşı yaptırmak istemeyen anababanın kararlarının tutanakla belirlenmesinin ardından, sorumlu sağlık birimleri, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'na (ASPB) başvurarak sağlık tedbiri alınmasını istemiştir. **Çocuk Koruma Kanunu** ve Medeni Kanun hükümleri başta olmak üzere kimi uluslararası hukuk metinleri bağlamında ilgili Bakanlık yerel mahkemelerde kamu davası açmış ve **sağlık tedbiri** kararı alınmıştır. Anababanın bu kararlara yerel üst mahkemede itirazları aleyhe sonuçlanınca, Anayasa Mahkemesine **bireysel başvuru** hakkını kullanmışlardır. 1982 Anayasasının 12 Eylül 2010 halkoylaması değişiklikleriyle getirilen 148. maddesiyle tanınan bireysel başvuru hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS – EHRC) temelinde İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne (AİHM – ECHR) başvuru öncesi son ulusal yargısal basamak olmaktadır. Dolayısıyla yerel mahkemelerin de yüksek mahkemenin de (AYM) bu bağlamda önceki içtihadı söz konusu değildir. Hukuk çevrelerinde de konu hukuk tekniği açısından, yasal norm eksikliğine dayalı bir AYM kararı olarak.. fazla önemsenmemiştir. Oysa olumsuz toplumsal sonuçları, halk sağlığı açısından sakıncalı yansımaları kapsamlı ve ciddidir; kamuoyunda, mediko-legal düzlemlerde, kamu yönetiminde, siyaset kurumunda tartışılmalı, Sağlık Hukuku bağlamında hızla uygun hukuksal çözümler üretilmelidir.

YÖNTEM-GEREÇLER

Velayet altındaki çocuğa aşı uygulanmasının kabul edilmemesi ve zorunlu aşı uygulamasının açık yasal dayanağı olmamasına karşın, 2 yerel mahkemece **sağlık tedbiri** kararı verilmesi nedeniyle çocuğun vücut bütünlüğünün ihlal edildiği belirtilerek Anayasanın 17. maddesinde tanımlanan maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiği savunulmuştur. Belirtilen kapsam ve amaçlarla zorunlu aşı uygulamasına ilişkin açık yasal düzenleme bulunmadığından, AYM, Anayasanın 17. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Tezin İncelediği Sorun (Problem, Karar) Durumu

AŞI REDDİ (*vaccine refusal*), genel eğitim düzeyi yeterli sayılamayacak ülkemizde, sosyal bir mit niteliği kazanarak, şehir efsaneleri eşliğinde ve etkisiyle yaygınlaşma tehlikesi taşımaktadır. On beş yıl gerisinden bakıldığında Türkiye’de bilinen, kayda giren aşı reddi olayı söz konusu değilken, 2017 sonunda TTBB verisiyle 23 (yirmi üç) bini aşkın aile çocuklarına aşı yaptırmayı reddetmiştir! Türkiye’de, 2013’te sekiz binlere varan olgu sayısına ulaşan kızamık salgını sonrasında 2016’da 12 (on iki), 2017’de 85 ve 2018’in ilk 3 ayında 70 kızamık olgusu kayıtlara girmiştir (TTBB - Toplum ve Hekim, editoriyal, 2018/3).

Son birkaç yıldır Türkiye’de ve yer yer dünyada karşılaşılan ve büyüme eğilimi gösteren, bir yanda ciddi kamu - toplum - halk sağlığı; öbür yanda, hukuk / **sağlık hukuku** ve temel insan hakları - özgürlüğü, kişi özerkliği sorununun, Anayasa Mahkemesinin 2 bireysel başvuruda davacılar lehine verdiği hak ihlali kararları üzerinden enine boyuna tartışılması; ulusal ve uluslararası hukuk kaynakları ışığında, bu ciddi güncel Sağlık Hukuku uyuşmazlığına çözüm önerileri sunulması **amaçlanmaktadır**.

Çalışmamız; soruna ilişkin bilimsel çalışmalar yapılmasıyla kişi hak ve özgürlükleri - toplumsal yarar ve sağlık - güvenlik dengesine dayalı, ölçülü - orantılı - hakkaniyetli - bilimsel temelli, Adil bir yasal düzenlemeye katkı sağlarsa amacına ulaşmış; bu **önemli Sağlık Hukuku Sorununun** bilimsel akılcılıkla çözümü ile önemli kazanç elde edilmiş ve oluşumunda neo-liberal post-modernizmin de ciddi payı olduğu düşünülen epey kırılğan bir toplumsal, ekonomi - politik sorun alanı aşılmış olabilecektir.

Çalışmanın Değişkenleri

Bağımlı değişken Anayasa Mahkemesinin söz konusu 2 hak ihlali kararı 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 (md. 5, 12/2, 41, 56, 90/son vd.), iç hukuka mal edilmiş uluslararası hukuk mevzuatı pozitif normları, hukuk ve tıp etiği ilke ve değerleri, standartları, hukukun evrensel kabul gören yüksek ilkeleri (*Jus Cogens, Grundnorm..*) olacaktır.

Tezin denenceleri (hipotezleri)

H₀ : AYM’nin 2 bireysel başvuruda davacılar lehine verdiği zorla aşı uygulamasını hak ihlali sayan kararları, hukuka uygundur.

H₁ : AYM’nin 2 bireysel başvuruda davacılar lehine verdiği zorla aşı uygulamasını hak ihlali sayan kararları, hukuka aykırıdır..

BULGULAR – TARTIŞMA

Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması

Anayasa madde 13 – (Değişik: 3/10/2001-4709/2 md.)

“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.”

Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı Anayasa madde 17 –

“Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.”
düzenlemelerini içermektedir. **Tıbbi zorunluluklar** ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin
vücut bütünlüğüne dokunulamaz; “rızası olmadan” bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.

Bu 2 üst hukuk normu karşısında anababaların çocuklarına aşı yaptırmaktan kaçınmaları, sakınmaları, aşığı reddi, geciktirmeleri, ötelemeleri.. ulusal pozitif hukuk normlarına göre AYM tarafından olanaklı, tersine (aşı yaptırmaya) zorlanmaları ise hak ihlali olarak görülürken; özünde bu aşı reddi - kaçınma davranışı hukuksal olarak mümkün, adil, bilimsel, hakkaniyete uygun, bilimsel olarak gerekçelendirilebilen bir temel kişi hak ve özgürlüğü olarak kabul edilebilir mi? AYM, yorum yöntemleriyle Anayasadaki (md. 13) pozitif norm eksikliğini doldurabilir ve toplum sağlığı yararına bireysel hak - özgürlük - özerklik alanına sınırlama koyarak tersine bir karar verebilir miydi?

“Rıza – onam” kurumu alt mevzuat normlarınca daha da açılarak (örn. *Hasta Hakları Yönetmeliği*) 2 temel nitelik daha kazandırılmıştır. Bunlar “Aydınlatılmış” ve “yazılı” olma kurallarıdır : **Aydınlatılmış yazılı onam..** (*written enlightened consent*)..

Aydınlatılmış onam, yerine göre sözlü de olabilir, örtük (*zımni*) de.. Örn. bir sağlık kurumuna tıbbi hizmet almak üzere başvuranların bu onamı, başvuru eylemlerine içkindir; kişi bu istemesiyle, doğallıkla ve kendiliğinden söz konusu “rızaı” göstermiş olmakta, örtük (zımnen) onam vermiş sayılmaktadır (varsayımsal rıza). Hizmetin kapsamı ve gereği olarak ileri aşamalarda, tıbbi müdahaleler ek olarak aydınlatılmış ve yazılı onamı gerektirebilir (Bilge, 2013a; Bilge, 2008).

Sağlık Bakanlığı’nın Aşılarla İlişkin Yasal Sorumluluğu

“Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname” 663 sayılı olup (RG 02.11.2011, sayı 28103, mükerrer), bu düzenleme ile Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarının yeniden yapılandırılması; 06.04.2011 tarihli ve 6223 sayılı yasanın verdiği yetkiye dayanılarak, Bakanlar Kurulunca 11.10.2011’de kararlaştırılmıştır. 663 s. KHK’nın 26/c maddesi şöyledir:

c) Bulaşıcı, bulaşıcı olmayan, kronik hastalıklar 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,

Halk Sağlığı Genel Müdürlüğüne (Sağlık Bakanlığı) görev olarak verilmiştir. Ayrıca, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu (RG 15.05.1987, sayı 19461) md. 3/k ile de Sağlık Bakanlığına aşılarla ilgili dolaylı görev ve yetki verilmektedir.

AYM’nin 2 hak ihlali kararı, kamuoyu ve uzmanlık çevrelerinde kapsamlı tartışmalara yol açmıştır. Türk Tabipleri Birliği ve Uzmanlık Dernekleri, toplum yararının birey özerkliği gerekçesiyle çığnenebileceği anlayışını çok tehlikeli nitelemiş; duyarlı kişilerin aşılansıyla toplum düzeyinde etkin ve güvenli koruma sağlanabilen bulaşıcı hastalıklar dikkate alındığında, bir değer olarak hiçbir şeye ikincil olmayan / olmaması gereken **toplum yararıyla**

çocuğun yüksek yararının aydınlatılmış bireysel onamın üzerinde olduğu ve gerçekte iki değer çatışmadığı tezi savunulmuştur. Hukuk çevrelerinde değişik yorumlara gidilmiştir.

Olaylar bir yandan ülkemizde **hasta hakları** bilincinin gelişmesi bağlamında olumlu boyutlar taşırken, bir yandan velayet altındaki “küçük” lerin (TMK md. 335) haklarının kamu tarafından korunması, gereğinde velayet hakkının kötüye kullanımının önlenmesi (TMK m. 348), toplum sağlığının ve 3. kişilerin sağlıklarının korunması gibi tartışılıp çözümler üretilmesi gereken boyutlar taşımaktadır. İHEB m. 30 da hakkın kötüye kullanımını yasaklar.

Ayrıca, teknik ve hukuksal anlamda bir tıbbi müdahale olan “aşılama - bağışıklama” işleminin **aydınlatılmış –(yazılı) onama** (*enlightened -written- consent*) dayandırılması tartışma konusudur. Özellikle gelişmekte olan ülkelerde ve alt toplumsal katmanlar için -o arada Türkiye’deki sayıları 1,6 milyonu aşkın sığınmacı çocukları için- son derece önemli bir kişisel ve toplumsal koruyucu hizmet olan **kitlesel aşılama** - bağışıklamanın anababalarca haklı - yerinde - makul - bilimsel gerekçeler göstermeden kolaylıkla, hata **keyfilikle** reddedilebilir kılınması, başkaca önemli çok sayıda tıbbi girişimin de reddedilebilmesi sorununa yol açabilecektir. Nitekim AYM kararlarından ikincisinde, aşı reddine ek olarak bebekten **topuk kanı** örneği alınmasına da itiraz eden anababa, konuyu AYM’ye taşımış, bu istek yasal dayanağı olduğu gerekçesiyle AYM tarafından geri çevrilmiştir.

Bu durum başkaca pek çok koruyucu sağlık girişiminin de AYM’nin 2 içtihatı ile legalleştirilen “**aşığı red hakkı**” (!?) üzerinden rahatlıkla engellenmesi komplikasyonu doğurur ise, kamu sağlığı açısından ciddi ve büyük boyutlu tehdit kaynağı olabilecektir. Örn. suların klorlanarak dezenfeksiyonunun reddi gibi! 1996’da Dilovası/Gebze’de çıkan kolera salgınında suların klorlanmasını belediye başkanı “**klorlu su abdest bozuyor**” (!?) gerekçesiyle durdurmuştu! Öte yandan Anayasa’nın sağlıkla ilgili temel maddesinde (56. md.) **herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı** tanınarak Devlete ve Yurttaşla bu bağlamda ortak - birlikte sorumluluk ve görev yüklenmektedir.

Aşı reddinin kritik eşiği aşmasıyla, aşı ile korunulabilecek hastalıklardan **salgınlar** çıkabilmekte ve bu salgınlar başka bölgelere, ülkelere hatta kıtalara yayılabilmektedir (jet epidemileri!). Salgınlar sırasında duyarlı (bağışık - dirençli olmayan) insanların hastaneye yatırılması gerekmekte, ölümler görülmektedir.

Uluslararası düzlemde benzer örnekler çok değildir. Dolayısı ile Türkiye’de bu sorunun kendi özgün dinamikleriyle ancak hukukun evrensel kabul gören yüksek ilkeleri **Jus Cogens** (*Grundnorm*), Tıp ve Hukuk Etiği, Uluslararası Andlaşmalar ve kaçınılmaz olarak Tıp Bilimi verileri ışığında; gündelik siyasal kaygılar vb. gerekçelerle savsaklanmadan, **Tabula Rasa Sistematiği** ile hızla **yasal çözüme** kavuşturulması gerekmektedir. Sorunun çok boyutlu olduğu ortadadır; **Sağlık Hukukundan** Tıbbı, Sosyolojiden Antropolojiye, Felsefeden Etik ve Biyoetike, Ekonomiden Kamu Yönetimine.. dek birçok disiplini yakından ilgilendirmektedir.

“AYM’nin gerekçeli kararıyla aşı karşıtlığı sağlam hukuksal dayanak bulmuş durumda. En acısı, aşı karşıtlığı biçiminde yansıyan **gericiliğin kazandığı ideolojik zafer**. Çünkü Anayasa Mahkemesinin bu kararıyla hem Medeni Yasada, Çocuk Koruma Yasasında ve Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinde geçen “**çocuğun yüksek yararı**” ilkesi (*AS : md. 18/I*) ve hem de toplumun çocukların sağlığının korunması ve geliştirilmesindeki yükümlülük yok sayılıyor. Bağışıklamanın anababa seçimine bırakılması, çocuğu anababanın bir tür özel mülkü gibi gören çarpıklığı tanımlar.” (Ankara Tabip Odası, 2017)

Çocuklar, hukukun özel koruması altındadır. Bu yaklaşım hukukta “*özel önlemler*” veya “*destekleyici özel önlemler yahut destekleyici edim*” olarak tanımlanır. İdare Hukukunda “*kamu yararı*” ne ise, Çocuk Hukukunda “*Çocuğun en üstün yararı*” odur (Deryal, 2007). Kanımızca bu yarar, *hiçbir çocuğun, kesin tıbbi zorunluluklar dışında hiçbir gerekçe ile aşılama hizmetlerinden yoksun bırakılmaması* yönünde pozitif bir kamusal yükümlülük olarak görülmelidir. BM Çocuk Hakları Sözleşmesi (ÇHS) uyarınca (md 1.) Çocuklar, “18 yaşından küçük insanlardır.” Türk Ceza Yasası ise (md. 6) çocuğu “henüz 18 yaşını doldurmamış kişi” olarak tanımlamaktadır. Ceza ehliyeti, hukuksal tasarruf ehliyeti (TMK md. 11) sınırlıdır. Dolayısıyla velilerin yasal yetkilerini her durumda *çocuğun en yüksek yararını gözeterek* kullanmak gibi ağır bir sorumluluğu vardır (BM ÇHS md. 18/D). “*Çocuğun yararının öncelikli olması ilkesi*” BM ÇHS’nde vurgulanmıştır (md. 3/1). Bu yetki, çocuğa aşı yapılmasını reddetmeyi içerir ve haklı kılar mı? **Sağlıklı yaşam hakkı**, en temel insan haklarının başında geliyor (AIHS md. 2 ve İHEB md. 3).

Yasal Temsilcinin Tıbbi Müdahaleye Rıza Göstermemesi

Deryal’a göre (2007); yasal temsilci sıfatıyla anababanın tıbben gerekli bir tıbbi müdahaleye kişisel kapris ya da batıl inanç uğruna ve çocuğun yararını göz ardına iterek rıza göstermemesi durumunda bu haksız direnişi kırmak üzere yaptırımlar:

- a. Hakkın kötüye kullanımı (TMK md. 2/II)
- c. İztirar hali (zaruret, zorunluluk durumu)
- e. Vekaletsiz işgörme olabilir.

Anababa – çocuk arasında çıkar çatışmasında kayyım atanabilir (TMK md. 345). Hasta Hakları Yönetmeliği (HHY) md. 24/III yargı yolunu getirmekte, *rızanın aranmayacağı durumları* (derhal müdahale edilmezse yaşamsal tehlike doğacak, organ yitiği riski ya da organın işlevini yitirmesi riski varlığı) belirlemektedir. Velayet hakkı, özünde kendine özgü bir “hak – yüküm”dür.

- “Unutulmamalıdır ki; aşılar tıbbın bugüne dek en önemli buluşlarından biridir ve hiçbir buluş, aşıların başardığı ölçüde insan yaşamı kurtarmayı başaramamıştır. Hekimler aşılar hakkında doğruları halka anlatmakla görevlidir.” (Beyazova, 2018)

Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi (Strazburg, 25.01.1996), “C. Temsilcilerin Rolü” kenar başlığını izleyen 10. maddesinin 1. fıkrasında şu sınırlandırıcı hükme yer vermektedir : (İnsan Hakları Mevzuatı, 2017)

- 1) “Temsilci, bir adli merci önündeki, çocuğu ilgilendiren davalarda, çocuğun yüksek çıkarlarına ters düşmemek koşuluyla...”
- 2) “Taraflar, velayet sorumluluğuna sahip kişilerin 1 inci paragraf hükmü kapsamına alınması hususunu göz önünde bulundururlar.”

Dolayısıyla koruyucu sağlık hizmetlerinin zamanında, düzenli ve tıp biliminin ilke ve standartları ekseninde alınması gerekir. Bu önermeye en uygun düşen -prototipik- koruyucu sağlık hizmeti ise, kurallarına uygun *aşılama*larla çok sayıda tehlikeli bulaşıcı hastalıklara karşı sağlanan *bağışıklık*, dirençtir. Aşılardan kaynaklanabilecek sağlık riskleri, sağlanacak yarar ile karşılaştırılamayacak ölçüde yüksektir; sayısal örnekler önceki bölümlerde sunulmuştur. Tersine davranışın bugünün çocukları, yarının erişkinlerine ağır faturaları olabileceği gibi, topluma da yüksek bedelleri olabilir. Hemen her hak gibi, velayet hakkı ve

yetkisi de belli koşullarda sınırlanabilir. En başta geleni, hakkın kötüye kullanılmamasıdır;

✓ *Abuse iura gentium!*

Bilge'ye göre (2014), *rıza vermeyerek çocuğunun koruyucu ve önleyici nitelikli tıbbi müdahale olan aşılmasını engelleyen aile, taksirle o hastalık sonuçlarından engelli kalmaktan, öldürmeden sorumlu tutulabilir.* Bize göre “**bilinçli taksir**” nitelemesi bile yapılabilir; çünkü aşı yaptırmamanın olası tıbbi sonuçları hem kendilerine anlayabilecekleri bir dille, aydınlatılmış onam (rıza) alma amaçlı anlatılmıştır hem de ortalama insanın bu davranışının olası sonuçlarını öngörememesi düşünülemez (TCK md. 81 vd.).

Aşı yaptırmamanın potansiyel olumsuz sonuçları öngörülemez, rastlantısal ve velayet altındaki çocuklar adına, onları yaşam boyu bağlayabilecek sonuçları dikkate alındığında, üstlenilebilecek bir risk değildir. TMK 23-25, Borçlar Yasası md. 45 ve 47 yaşam ve sağlığa saldırılara karşı kişilik haklarını korumaya yöneliktir.

Sözür (2015), “*Neticeyi önleme yükümlülüğü, bazı durumlarda koruma ve gözetim yükümlülüğüne dayanmaktadır. Bu yükümlülüğün kaynağı önce kanundur. Kişilere belli durumlarda belli bir yönde icraî davranışta bulunma konusunda kanunla yükümlülük yüklenmektedir. Örneğin velayet ilişkisinin gereği olarak ana ve babanın çocukları üzerinde koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunmaktadır. (22.11.2001 tarih ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, madde 335 vd.). Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi, başlı başına bir haksızlık ifade etmektedir.*” görüşündedir.

Sözür, “*Ebeveynlerin çocuk için yapılması gereken bir tıbbi müdahaleye izin vermemesi halinde TCK'deki bakım ve gözetim yükümlülüğünün ihmali suçu gündeme gelebilecektir. Çocuk için bu tıbbi müdahale zorunlu ise anne-baba rıza göstermese de doktor çocuğa tıbbi müdahalede bulunabilir... Genel sağlığın söz konusu olduğu haller: Genel sağlığı koruma amacı gözetilerek çeşitli mevzuatta kişilerin rızası aranmaksızın tıbbi müdahale yapılabileceği düzenlenmiştir. Bunlara örnek olarak salgın veya bulaşıcı hastalıkların yayılmasının engellenmesi, 0-2 yaş grubu bebeklerin menenjit, çocuk felci gibi bazı tehlikeli hastalıklardan korunabilmesinin sağlanması amacıyla zorunlu aşılanma, yapılmaktadır. Mesela Salgın hastalık nedeniyle aşı yapılması gerekiyorsa bunun için de rıza aranmaz. Yine Umumî Hıfzıssıhha Kanunu'nun 57. maddesinde belirtilen Kolera, veba, lekeli humma, kara humma gibi bulaşıcı ve salgın hastalıklarda rıza aranmamaktadır.*” kanısındadır.

“Devletin görevi çocuğuna aşı yaptırmamayı ‘hak’ kabul etmek değil, toplum sağlığı için ‘hak ihlali’ olduğu önkabulüyle gerekli yasal düzenlemeyi hızla yapmaktır.” (TTB, 2017)

- Aşı reddi; bilimi ve modern tıbbın kazanımlarını reddetmek demektir!*
- Aşılamaı red kişilerin özgür tercihi, özerklik alanı gibi görülemez!*

Toplumda kritik aşılanma oranı düşer ve konu bireysel tercih gibi görülürse, toplumun bağışıklık oranı azalır ve pek çok somut ve güncel örneği bilindiğine göre, **kaçınılamaz (deterministik, a fortiori)** salgınlar ortaya çıkar.

Türk Tabipleri Birliği'nin Yasa Önerileri

TTB (*Türk Tabipleri Birliği*), 2 yasada düzenleme önerisini gerekçeli olarak olgunlaştırmış ve anamuhalefet partisi vekilleri eliyle TBMM Başkanlığına 24 Haziran 2018 genel seçimleri

öncesi sunulmasını sağlamıştır. Bu metinler aşağıdadır :

24/04/1930 TARİHLİ 1593 SAYILI UMUMİ HIFZISSİHHA KANUNUNDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA İLİŞKİN YASA ÖNERİSİ

MADDE 1. 24/04/1930 tarihli 1593 Sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanununun 89 uncu maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Sağlık Bakanlığı Genişletilmiş Bağışıklama Programı kapsamındaki aşular [kızamık, polio (çocuk felci), kabakulak, kızamıkçık, difteri, boğmaca, tetanus, suçiçeği, hepatit A, hepatit B, verem, pnömokok, Hemofilus influenza B aşuları] ile toplumun ve/veya belirli bir topluluğun sağlığını tehdit eden bulaşıcı hastalıklarda, Bakanlık bünyesinde ilgili hekimlerden oluşturulan bilim kurulunun önerisi üzerine, Bakanlıkça belirlenen aşuları yaptırmak zorunludur. Bu aşuların yapılmasında kişinin kendisinin, çocuklar ya da kısıtlılar yönünden velisinin ya da vasisinin rızası aranmaz.”

“Erişkin kişiler bizzat, kısıtlıların vasileri, çocuğun anne ve babası ayrı ayrı aşı zorunluluğunun yerine getirilmesinden sorumludur. Ebeveyni olmayan çocuklar veya ebeveyni nezdinde bulunmayan çocuklar için çocuğu bakmak üzere kabul eden kişi veya kurum müdürleri sorumludur.”

“Bu aşular Sağlık Bakanlığı tarafından ücretsiz olarak sağlanır ve aşı uygulamaları sebebiyle kişilere herhangi bir mali külfet yüklenemez.”

MADDE 2. Bu Kanun yayımı tarihinden itibaren yürürlüğe girer.

MADDE 3. Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

26.09.2004 TARİHLİ 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNUNDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA İLİŞKİN YASA ÖNERİSİ

MADDE 1. 26.09.2004 tarihli 5237 sayılı TCK'nın 195. maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

*“MADDE 195- Zorunlu aşuların uygulanmasını reddederek kendisinin, velisi bulunduğu veya kişi ya da kurum yetkilisi olarak sorumlu bulunduğu çocuğunun, vasisi bulunduğu kısıtlının aşılmasını engelleyen veya toplumun zorunlu aşıya olan güvenini sarsacak davranışlarda bulunan veya bulaşıcı hastalıklardan birine yakalanmış veya bu hastalıklardan ölmüş kimsenin bulunduğu yerin karantina altına alınmasına dair yetkili makamlarca alınan tedbirlere uymayan kişi, **iki aydan bir yıla kadar hapis cezası** ile cezalandırılır.”*

MADDE 2. Bu Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

MADDE 3. Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

"Fransa'da 11 aşı zorunlu duruma geldi. Bu aşuları yaptırmayana 2 yıl hapis cezası ve 30 bin € para cezası var. Bizim ülkemizde de aşı yaptırmayana ceza verilmeli." (Medimagazin, Ocak 2018). İtalya da 16 yaşına dek çocukluk aşularını 207' de yasal zorunlu kıldı.

Anayasa'nın 56. maddesi **“herkese sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı** tanımakta” ve bu bağlamda hem devlete hem de yurttaşlara ödev yüklemektedir. Bu maddeye göre “..

herkes sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir..”

Somut olayımızda, AYM kararına dayanarak çocuklarına aşı yaptırmak istemeyen kesimlerin marjinal kalmayarak çoğalmasında durumunda eylemsel (*fiili, de facto*) 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 yerinde - doğru ve tam yorumlanmadığı kanısını ve kaygısını taşıyoruz.

Rawls (2003, 2014), Adaleti 2 temel ögenin dengesine dayandırır :

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 / kırılabilir (*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.

Yine Rawls (2013, 2014), adaleti, çekişen / karşıt 2 sav arasında esaslı bir denge kurulması olarak tanımlamaktadır. AYM kararı ile bireysel başvuru sahiplerinin savı ve kamunun sağlık tedbiri istemi gerekçeleri (savı) gerçekten adanıklı dengelenebilmiş midir “adil” bir karar için? Karar, “adalet” üretmiş midir? Bu soruya “evet” demek olanaklı görünmüyor.

Uygur, “*Seeing Injustice*” başlıklı kitap bölümünde (2015), **Adalet** olgusuna bir de “**Adaletsizlik**” ten bakmayı, önermekte, “*Sen Ayrımı*” na (*Sen's distinction*) gönderme yaparak adaletin salt düzenleyici kurallar boyutuna değil, aynı zamanda gerçek anlamda adaleti gerçekleştirme hünerine / işlevine odaklanma dinamik gereğine vurgu yapmaktadır. Bu bağlamda, AYM, Anayasa'nın 13. maddesi üzerinden düzenleyici kural ekseninde kurduğu hüküm ile; doğacak sonucun, gerçekten ve kendiliğinden adaleti sağlamış olacağı kabulü ile davranmış; kararı sonrası (*a-posteriori*) doğacak *de facto* duruma bir de “*potansiyel adaletsizliği görme*” çabasıyla bakabilmiş midir?

Aile Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı ve/veya Sağlık Bakanlığı ise 3+ yıldır tek maddelik bir Yasama işlemi girişimi yapmamıştır. Bu, Yönetim Etiği adına bir başka sorun :

*** Mal-administrasyon!**

Toplum bağışıklığının düşmesine ikincil, birkaç yıl içinde deterministik biçimde -kaçınılmaz olarak- a fortiori, salgınlar yaşanmaktadır ve aşı yaptıırılmayan bebek – çocuklar o sırada hala yaşamdadır, salgın riskinden korunaklı (AŞILI - BAĞIŞIK!) olmaksızın o toplumda, coğrafyadadırlar. Söz konusu riskler ütöpik, düşsel, varsayımsal (hipotetik), abartılı olmayıp; canlandırılmaları, imgelemlerindeki (tahayyüllerindeki) bir ölçüye dek doğal sayılabilecek günlük özellikle tıp dünyası dışındakiler için bir parça hoş görülebilse de sorunun ağırlığını ve doğacak zararın giderilemezliği (*telaft edilemezliği*) gerçeğini ortadan kaldırmaz.

Bu bakımdan, AYM'nin “**tıbbi zorunluk**” kavramının kapsamını bunca daraltması gerçekte somut - açık - yakın hatta başa gelen durumlarla somutlayıp sınırlandırması yerinde olmayıp; yaşamın olağan akışına ters bir soyutlama, görmezden gelme, risk kuramını bir tür yadsımadır özünde ve kabulü olanaklı değildir. Hatta, aşılınmayan bu çocukların da sağlıklı yaşam

hakları, anababalarının velayet hak ve yetkisini aşkın (ölçsüz – orantısız) ve makul gerekçe göstermeden kötüye kullanmaları (TMK md.2/II) yüzünden doğrudan velayet öznelerince ihlal edilmekte; tıbbi olarak ise çocuklar ve toplum açık ve yakın hastalığa yakalanma ve/veya salgın riski içine atılmaktadır.

Burada *AYM'nin Epistemolojik ve Ontolojik kökenli 2 önemli değerlendirme yanılığısına düştüğü* kaygısı içindeyiz : *Epistemolojik olarak*; aşı yaptırmamaktan kaynaklanacak potansiyel kişisel – toplumsal sağlık sorunlarına ilişkin temel bilgi eksiği ve / veya sahip olunan bilginin, çözümlenecek uyuşmazlığı hukuksal olarak doğru nitelirmede, özünü ve doğasını olduğu gibi kavramada yeterli ve etkili kullanıl(a)madığı açıkça görülmektedir (Tom, 2013).

Yüksek Mahkemeden öncelikle böylesi bir gereksinimi algılamayı sağlayacak felsefi derinlik ve olgunluk (*matürasyon*) beklenmesi çok doğaldır. Uyuşmazlık konusu sorunun doğasının bilimsel olarak doğru ve yeterli kavranması zorunluğu gereksinimi algılandığında, yanıt aranan sorular netlikle belirlenip, bilirkişilik kurumuna yöneltilebilirdi. Daha önce de değinildiği üzere; uygun – uzman bilirkişilik kurumu, “aşırı red” davranışının gerçek doğasını (natürünü) Epistemolojik bağlamda sergiler ve AYM de başvurucunun istemi doğrultusunda sıradan, rutin, gerçekte yaratıcı olmayan ama sekter, eylemli sonuçlar doğurabilen “hak ihlali” kararını koymadan önce; başvuru sahipleri dahil, toplumla birlikte çocuğun en üstün yararının nasıl üretilebileceğine ilişkin daha çok kafa yorabilirdi. Bunun yapıldığını söylemek olanaklı gözüküyor. Olayın bütün boyutlarıyla bilimsel bilgisi kapsamlı ve yöntemsel olarak dikkate alın(a)madığından, Epistemolojik hata nedeniyle hukuksal nitelmesi eksik – yanlış yapılmış ve karar bilime, doğrulukla adaletle, hakkaniyete ve insan haklarına aykırı üretilmiştir.

Ontolojik bakımdan : AYM'nin Aysel ve Bayram davalarında bireysel başvuru sahipleri lehine verdiği “hak ihlali” kararı, Ontolojik bakımdan da sorunu ve özellikle çocuk öznelerini kavrayıcı ve Varlıkbilimsel olarak temellendirilmiş sayılamaz. Şöyle ki :

İnsan yaşamı bir bütündür, “an” a ya da belli dönemlere, örneğimizde çocukluk çağına sınırlı değildir. Dolayısıyla, bir değer, bir Varlık (Ontos) olarak Aysel ve Bayram bebek – çocukların yaşamını ancak bir bütün olarak ele almakla en üstün yararları korunabilir. “Çocuğun en üstün yararını koruma” bir değer olarak kabul görmüş, ulusal ve uluslararası pek çok metinde, mevzuatta yer bulmuştur. Bu görevin salt velayet öznelerinin üstünde - tekelinde olmadığı da duraksama yoktur. Devlet – toplum ve anababa el ele ve birlikte, zincirleme sorumluluk altındadır. Durum bu iken anababanın “oyunbozan” davranışının, zorunlu ve doğru sistematiği işlemez kılmasına izin verilemez. Tersine bilimsel olarak da olanaksızdır. Henüz Bebek – Çocuk iken en temel koruyucu sağlık hizmetlerinden yoksun bırakılma (AYM kararı ile ve bağlayıcı olarak; “aşı yaptırmak zorunda değilsin” hükmü verilmesi), “An” da kişi hak- özgürlüklerini korumuş olma yanılması ile “gelecekte” hatta yakın gelecekte, hala çocuk – bebek iken bile, masum insanlara kaçınılmaz riskler yüklemektedir. Aşıların zamanlamasını belirleyen kural, bebeğin - çocuğun bağışık yanıt verebileceği ve hastalıkla karşılaşmadan önceki en erken dönemdir. Kimi aşıların erken yaşta yapıldığında koruyuculuğunun ileri yaşlardan daha yüksek olduğu, bebek - çocuk büyüsün diye aşılar ertelenirse hastalığa yakalanılabileceği ve küçük bebeklerde bu hastalıkların daha ağır gidebileceği ve öldürücü olduğu, geçmişin salgın deneyimlerinden iyi bilinmektedir. Genç kuşaklar soruna yabancılaşmıştır.

Bir Varlık (*Ontos*) olarak bebek – çocuklar, geleceğin yetişkinleridir ve sağlıklı yaşam sürmeleri, zamanında koruyucu sağlık hizmetlerini *a priori* almış olma koşuluna kilitlidir.

Yaşam, Ontolojik olarak bir bütündür (*holistik*) dolayısıyla insanın – yaşamın bütünlüğü ontolojik verisi – gerçeği, AYM kararında tümünden yok sayılmış, akla bile gelmemiş, getirilmemiştir!? Bir olgu, çekişmeye konu ve yüksek yargı yeri huzuruna adil biçimde çözülmesi umuduyla taşınan uyuşmazlık; en yüksek mahkemenin 2 hükmü ile ***Epistemolojik ve Ontolojik bakımlardan birlikte ve ağır biçimde zedelenmiş*** ise, bu durum, Anayasa'nın 2. maddesinde tanımını bulan ve değiştirilmesi bile önerilemeyecek güvenceye sahip üstün anayasa normu "***insan haklarına saygılı hukuk devleti***" nitelikleri karşısında, her iki kurum adına -Hukuk Devleti ve insan haklarına saygılı olma- vahim ötesidir (Işıқтаç 2010, Işıқтаç – Metin 2003, Nozick 2014).

AYM'nin 2 bireysel başvuruda çocuklarına zorunlu aşı uygulamasını bunu buyuran (emreden) yasal norm olmaması gerekçesiyle "hak ihlali" olarak, davacıların istemi doğrultusunda sonlandıran *pozitivizm hegemonisi* ürünü kararını; hukuk (sağlık hukuku ve insan hakları hukuku ağırlıklı), siyaset bilimi, felsefe, etik ve tıp bilimleri ışığında oldukça kapsamlı olarak irdelenmiş ve 2 kararın da eksikleri, yanlışları hatta kabul edilemezleri olduğu;

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

Başlangıç varsayımımız (*hipotezimiz*) olan "*AYM'nin söz konusu 2 kararının hukuka uyarlı olduğu*" ilişkisizlik önermesini (H₀ hipotezi; yöntem – gereçlerde belirttiğimiz bağımlı ve bağımsız değişkenlerin ilişkili olmadığı önermesi), çok sayıda nesnel ve güncel bilimsel - hukuksal kanıta dayalı (*evidence based*) olarak reddetmiş oluyoruz.

O halde H₁ hipotezimiz geçerlidir; AYM'nin 2 bireysel başvuruda çocuklarına zorunlu aşı uygulamasını yasal norm yokluğu gerekçesiyle "hak ihlali" olarak, davacıların istemi doğrultusunda sonlandıran pozitivist kararı; oldukça kapsamlı, bir çaba ile sunduğumuz eksikleri, yanlışları hatta kabul edilemezleri.. ile **hukuka aykırıdır.**

SONUÇ - ÖNERİLER

AYM'nce böyle bir durumla ilgili olarak, aşılamaya anababaların karşı çıkması üzerine Yüksek Mahkeme tarafından çocuğun yararına verilen bir sağlık tedbiri kararı ile ilgili yapılan değerlendirme sonucunda, "başvurucunun Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan ***maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğine***" karar verilmiştir. Bu karar, örnek (emsal) oluşturması ve bağlayıcılığı yönünden koruyucu hekimlik uygulamalarının temel taşlarından biri olan aşı uygulamalarına vurulmuş ağır bir darbedir. (Aktaş, 2017)

AYM kararı başlıca Anayasanın 17. maddesine dayanmaktadır. Başta BM Çocuk Hakları Sözleşmesi ve Biyotıp Sözleşmesi... Türkiye'nin taraf olduğu (Anayasa md. 90/son) bağlayıcı milletlerarası andlaşmalarda aşı, her durumda çocuğun en üstün yararı adına hak ve yükümlülüktür. Anayasanın 17. maddesi bireysel hak ihlali kararına gerekçe yapılırken, gerek bağlayıcı milletlerarası andlaşmalar gerek Anayasanın 2, 5, 12/2, 41, 56 ve 90. maddeleri, ***Anayasanın bütünsel yorumlanması zorunluğuna*** karşı ihmal edilmiştir. 17. maddede aranan "Tıbbi zorunluluk" koşulunun hukuksal nitelmesi eksik - yanlış yapılarak, bilimsel

(Epistemolojik) yanılığa düşülmüştür. Sağlığın korunmasında yaşamın bütünselliği göz ardı edilerek "Ontos"un bütüncül (holistik) niteliği gözden kaçırılmış ve ciddi Ontolojik hata yapılmıştır. Anayasanın ilgili öbür hükümlerinin de "hak ihlali" savlı bireysel başvuruyu karara bağlama sürecinde bütünlüklü olarak irdelenmesi, dengeleme yapılması zorunludur. Örneğin 56. madde **herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkını** düzenlemektedir. Aşığı zorunlu kılan yasa eşdeğerli birçok uluslararası metin iç hukukta yürürlüktedir, dikkate alınmaması Anayasaya aykırıdır. Doğrudan temel hak ve özgürlükler alanında olan bu uluslar arası normlar, iç hukukta yasalarla çeliştiğinde üstün (*lex superior*) ve öncelikli olup (AY md. 90/son), gerçekte çocukluk çağı aşılarını zorunu kılan, Anayasanın 13. maddesinde yer alan "*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir.*" hükmü bağlamında "yasal norm" boşluğu yoktur. Sorun ciddidir, **aşı reddi yayılmaktadır ve tüm toplum salgın riski altındadır.**

Sağlık Bakanlığınca yayınlanan verilerde 2017 sonu için aşılama oranlarında öneki yıla göre %2 dolayında gerileme söz konusudur. Bu oran 0-6 yaş diliminin tümü için veriliyorsa, yaklaşık 7 milyon çocuk içinde 140 bin çocuğun "**daha**" aşısız kaldığı ve bu yaş diliminde "aşısız" çocuk havuzunun giderek büyüdüğü söylenebilir. Söz konusu oran 2017 takvim yılında gerçekleşen yaklaşık 1,3 milyon doğum için veriliyorsa en az 26 bin bebeğin "**daha**" aşısızlar havuzuna eklendiği öngörülebilir. Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu ilk kararı Kasım 2015 tarihli olup, son 3 yılda birikimli - yığılımlı (*kümülatif*) biçimde aşısız kalan 0-6 yaş çocuk oranının giderek büyüdüğü belirtilmelidir. Bu tablonun doğuracağı açık – yakın – ciddi – ötelenemeyebilecek salgın riskinin hatta salgının, hukuk düzenince korunması gereken kamu yararı yüksek ülküsü açısından savunulması olanaksızdır.

Somut olayda dayanılan ancak bilimsel - akla uygun - haklı gerekçe gösterilmeksizin çocuklarına aşı yapılmasını red davranışının, kişi hak ve özgürlüğü kapsamında toplum sağlığını tehlikeye sokma pahasına hukuksal koruma görmesi kabul edilemez.

- **Aşı reddi piyasalaşmayla ortaya çıktı ve piyasalaşmaya hizmet eder.**
- *AYM'nin 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. Verili "An" ve "Yer" de aşı yaptırmama tehlikeli davranışının "kestirilemeyen yer ve ileride" önemli riskler, giderimi olanaksız zararlar, hatta ölüm sonuçlarını doğurabileceğinin öngörülmesi de gerekir. Bu gün için riskler güncel - somut - yakın görülme de -ki böyle olması / algılanması yaygın aşılama sayesinde - gerçekçidir (realistik) ve olasılıkları, görmezden gelmeyi haklı kılacak derecede düşük değildir. Bu riskler; salgın – ölüm – engellilik Sonsuz uzakta ve irak coğrafyalarda da değişimlerdir genellikle.*

Hukuk bilimle çelişemez ve keyfi, irrasyonel savunmaları hiçbir gerekçeyle koruyamaz, velayet hakkı da mutlak - sınırsız değildir, kötüye kullanılamaz; Türk Ceza Yasasında yaptırıma bağlanmıştır. 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Yasasında çocukluk çağı aşılarını zorunlu kılan düzenleme net olarak yapılmalı, Anayasa Mahkemesi'nin gerekçesini dayandırdığı, yukarıda açıkladığımız nedenlerle bizim katılma olanağı bulamadığımız "yasal boşluk" hızla giderilerek, **pek çok ülkede olduğu gibi aşılar yasal zorunlu kılınmalıdır.**

Biz AYM'nin kararına sıraladığımız gerekçelerle katılmıyoruz :

Karşıoy yazısı yazan AYM üyesi Serdar Özgüldür'ün ve TTB'nin Tıp Uzmanlık Dernekleriyle ortaklaşa hazırladığı bilimsel raporun gerekçelerini paylaşıyoruz. Ayrıca farklı 2 bildirimizde kapsamlı olarak sunduğumuz etik ve tıbbi gerekçelerimiz vardır.

Kararı eksik, sakıncalı; kamu - halk sağlığı açısından açıkça TEHLİKELİ buluyoruz.

Bilim, toplumun vicdanıdır. Adalet, salt temel hak ve ödevler ekseninde, statik normlarla sağlanamaz. Hukuk, salt pozitif normlara indirgenemez. Toplumsal Yarar, Yük ve Sorumluluklar ile birlikte 3 boyutlu ve dinamik olarak kavranmalıdır.

✓ Hüküm için normlar adil-yeterli değilse, Dworkin'in 'İlkeler' yaklaşımı kullanılmalıdır :

Dworkin, her ne denli adaletin hakkaniyet kavramı olmadan hiçbir anlam taşımayacağını belirtse de uygulamada adalet ve hakkaniyet zaman zaman çatışabilmektedir. Bu bağlamda hakkaniyete uygun olmayan kurumlar adaletli kararlar verebilecekleri gibi, hakkaniyete uygun kurumlardan adaletsiz kararlar da çıkabilmektedir. Kuşkusuz Dworkin'in bu saptaması son derece yerindedir. İşte bu tür durumlarda devreye **Hukukun bütünlüğü** ilkesi girmektedir. Hukukun tutarlı bir bütün olarak uygulanabilmesi için gerekli olan İlkeler, Değerler ve Standartlar'ın hukuk kapsamında yer alıp, hukuk sistemi içinde her iki kuruma da (Adalet ve Hakkaniyete) aynı önemin verilmesi gerekmektedir.

Radbruch, düzen ve adalet işlevleri arasında bir çatışma söz konusu olursa ve hukuk kuralının uygulanması açıkça adalete ve insan haklarına aykırı bir durum oluşturuyorsa **hukukun adalet sağlama işlevine öncelik** tanımaktadır.

Hukuk kuralı, kişilerin temel hak ve özgürlerini durum ve koşullar ne olursa olsun ortadan kaldırmamalıdır. Radbruch'a göre **bir hukuk kuralından söz edilebilmesi için, o hukuk kuralının adalete ve insan haklarına uygun olması zorunlu** olacaktır. Dolayısıyla Dworkin'in **adil olmayan yasa ile adalet ilkeleri çatıştığında** izlediği yolun, Radbruch formülüne benzediği görülmektedir (Uygur, 2013).

Zor davalarda yargıçların takdir hakkı.. Hart, belli durumlarda yargıçlara daha etkin bir konum verilmesi gerektiğini öne sürerek, zor davalarda yargıçların takdir hakkını tanımıştır. Hart'ın yönelttiği eleştiriler temelinde kuramını kuran ve **hukukun salt kurallardan oluşmadığını** savunan Dworkin, hukuk ve etik birliğine önem vermekte ve bu birlikten doğan İlkeleri de hukuku tamamlayan İlkeler olarak görmektedir. Dolayısıyla **yasanın yanıt vermediği anlarda yargıç, İlkeler yardımı ile adil ve doğru yanıtı veren uygulamalara imza** atabilecektir. Yazılı normların İlkelere dayanan bir değer taşıması gerektiği kuşkusuzdur. Ancak İlkelerin hukukta belirliliği ve adaleti sağlama işlevi, daha çok yasada boşluk durumunda yargıcın takdir hakkıyla vardır.

Erdemli yargıç, zor davalarla karşılaştığında erdemli davranışı göstererek, **adil sonucu** bulabilecek ve böylece erdemlerin yardımı ile hukukta tutarlılık ve belirlilik sağlanabilecektir (Uygur, 2006).

Ayrıca, "Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da içerir." (Anayasa md. 12/2) Dolayısıyla, Anayasanın öbür normlarının da karar sürecinde Anayasa'nın bütünlüğü ilkesi gereği dikkate alınması zorunludur.

Son kez dikkat çekelim : Anayasa md. 17/2. fıkraya dayandırılan AYM

kararı, tam da bu kararı gerekçesiz bırakan içeriktedir. Şöyle ki : Anayasa md. 17 – Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. *Tıbbi zorunluluklar* ve *kanunda yazılı haller* dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.

□ ***Aşılar tıbbi zorunluktur; rızaya bağlanamaz.***

Ülkemizde, Sağlık Bakanlığı ***Aşı Bilimsel Kurulu*** önerilerine göre Bakanlıkça Genelgeye dönüştürülerek sürdürülen ve başlıca çocuklara dönük aşı uygulaması; “kanunda yazsın ya da yazmasın”, açık - tartışılmaz “tıbbi zorunluktur” ve doğallıkla, korunması için ayrıca “kanunda yazılı haller / ancak kanunla..” ek güvencesine veya koşuluna gereksinimi yok-tur!

Benim öfkem gecelerin beyidir, kalkar bi tek çocuk ağlasa / Can YÜCEL



Kaynaklar

- AKTAŞ ÖE. Anayasa Mahkemesinin Zorunlu Aşı Kararı, İzmir Tabip Odası yay. Nisan 2017, Anayasa Mahkemesinin 2013/1789 Başvuru No'lu Kararı Açısından Zorunlu Aşılama. s. 7.
- ANKARA TABİP ODASI. Sağlıkta Muhafazakarlaşma - Dinselleşme Güncesi/2007-2017, 2017, s: 3.
- ATO HEKİM POSTASI, 2017. <http://www.hekimpostasi.org.tr/2017/08/20/italyada-cocuklara-asiyi-zorunlu-hale-getiren-yasa-onaylandi/>, erişim : 20.08.2017
- BEYAZOVA U. Aşılama Konusunda Kararsız Olan Kimselere Gerçekleri Öğretmeliyiz. *Hekim Postası, Ankara Tabip Odası*, Haziran -Temmuz 2018, (89) s. 8-10.
- BİLGE Y (2013a). Adli Tıp. İstanbul Tıp kitabevi, 3. bs. 2013, s: 149-150.
- BİLGE Y. Adli Tıp, Nobel tıp, 2. Bs., 2008, s: 77-79.
- EDİTÖRİYAL. *Toplum ve Hekim*, Mayıs-Haziran 2018, (3), vol. 33, s: 162
- İŞIKTAÇ Y. Hukuk Felsefesi, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010. s : 435-483.
- İŞIKTAÇ Y, METİN S. Hukuk Metodolojisi. Filiz Kitabevi, İstanbul, 2003. s.: 70 ve 99.
- İNSAN HAKLARI MEVZUATI. Seçkin yay., Ankara 2017, s. 240.
- Medimagazin, Ocak 2018
- NOZICK R. Adalet Teorisi ve Temel Kavramlar. Çev. M/ Kocaoğlu, İmaj yay. 2014, Ankara, s: 137-152.
- RAWLS J. Justice as Fairness: A Restatement, Ed. Erin Kelly, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 2003, s: 18-19.
- RAWLS J. Adalet Teorisi ve Temel Kavramları, İmaj yay. 2014, s: 62-90.
- SÖZÜER, A. Ceza Hukuku Uygulama Rehberi Notu, İstanbul Hukuk Fak., 2015, s. 15 ve s. 32.
- TOM L, BEAUCHAMP, JAMES F. CHILDRESS. (Eds.) Principles of Biomedical Ethics. 7th ed., 2013, by Oxford University Press, p. 2.
- UYGUR G. Seeing Injustice, in Philosophy of Justice, by Floistad, G. Springer, 2015, pp 359-367.
- UYGUR G. Hukuk, Etik ve İlkeler, Siyasal Kitabevi, Ankara 2006, s: 134.
- UYGUR G. Hukukta Adaletsizliği Görmek. Türkiye Felsefe Kurumu yay., 2013, s: 207-214.