

## Doğacak Bebeğe Hepatit-B Aşısı Yapılmasını Reddeden Ebeveynin Talebi ve Bu Konuda Uzman Görüşü: Tıbbi-Hukuki Durum



Dr. Öğr. Üyesi Emre ERTAN

Marmara Ü, İktisat Fak, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku AB Dalı  
Türk Karaciğer Vakfı Yönetim Kurulu Üyesi

Prof. Dr. Yılmaz ÇAKALOĞLU

Memorial Şişli Hastanesi, Gastroenteroloji-Hepatoloji Uzmanı  
Türk Karaciğer Vakfı Yönetim Kurulu Başkanı

İncelemeye konu .... Devlet Hastanesi'ne sunulan dilekçede; hepatit B aşısının içeriğinde zararlı etkileri bilinen maddeler bulunduğunu öne sürdükten sonra Anayasa'nın 17. maddesine, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24. ve 25. Maddeleriyle, Anayasa Mahkemesi'nin 29.06.2016 tarih ve 2014/4077 bireysel başvuru kararına atıf yapan anne ve baba doğacak çocuklarına Hepatit-B aşısı yapılmamasını talep etmiştir. Ailenin aşı karşıtı talebine dayanak oluşturan Anayasa'nın 17. Maddesi; **"...Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz..."** düzenlemesini içermektedir. Yine gönderme yaptıkları Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24. maddesi **"...Tıbbi müdahalelerde hastanın rızası gerekir. Hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınır..."** hükmünü içermekte; aynı Yönetmeliğin 25. maddesinde ise **"...Kanunen zorunlu olan haller dışında ve doğabilecek olumsuz sonuçların sorumluluğu hastaya ait olmak üzere; hasta kendisine uygulanması planlanan veya uygulanmakta olan tedaviyi reddetmek veya durdurulmasını istemek hakkına sahiptir..."** hükmü yer almaktadır.

Dilekçede geçen Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kararında, yeni doğana zorunlu aşı uygulamasının Anayasa'ya aykırı olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Bu bağlamda ilgili kararın gerekçesinden alıntı yapmak yararlı olacaktır.

### **"...i. Zorunlu Aşı Uygulamasına İlişkin İddia**

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

72. Söz konusu müdahalenin meşru olduğunun kabul edilebilmesi için müdahalenin yukarıda yer verilen güvence ölçütlerine riayetle gerçekleştirilmiş olması zaruridir.

73. Zorunlu aşı uygulamalarının sözleşmenin 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 dikkate 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, (k.k.), B. No: 26536/95, 15/1/1998, § 4; Solomakhin/Ukrayna, §§ 33-38).

74. Başvuruya konu idari ve yargısal süreçte başvurucuya aşı uygulaması yapılması husundaki talep ve kararların 5395 sayılı Kanun'un 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (d) bendi temelinde oluşturulduğu görülmektedir. Söz konusu düzenlemede, 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 çocukluk dönemi aşılarının uygulanmasının ebeveyn tarafından reddi üzerine ilgili İlk Derece Mahkemesi tarafından sağlık tedbiri uygulanmasına hükmedilerek kararın itiraz kanun yolundan geçerek kesinleştiği anlaşılmaktadır.

75. 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.

76. Bu kapsamda somut başvuru açısından 5395 sayılı Kanun'un ilgili hükümlerinin başvuruya konu müdahalenin kanuni temelini ihtiva etmesi gereken unsurlardan olan öngörülebilirlik niteliğini taşımadığı, Anayasa'nın 17. maddesi anlamında müdahalenin meşruiyet unsurlarından biri olan kanunilik şartını sağlamadığı anlaşılmaktadır (Halime Sare Aysal, § 69).

77. Zorunlu aşı uygulamasının kanuni temeli bağlamında Halk Sağlığı Kurumu tarafından gönderilen yazı içeriğinde belirtilen 1593 sayılı Kanun'un 57. ve 72. maddeleri ile Sağlık Bakanlığının 25/2/2008 tarihli ve 2008/4 sayılı Genelge'sinin ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir.

78. 1593 sayılı Kanun'un 57. maddesinde belirli hastalık türleri sayılmış, 72. maddede ise 57. maddede zikredilen hastalıklardan birinin ortaya çıkması veya ortaya çıkmasından şüphe edilmesi durumunda bir kısım tedbire başvurulacağı belirtilmiş ve söz konusu tedbirler arasında hastalara veya hastalığa maruz bulunanlara serum veya aşı uygulanması şeklindeki tedbire de yer verilmiştir. İlgili Genelge'de ise genel bağışıklama programına ilişkin ilke ve usuller belirlenerek bebeklik dönemini de kapsayacak şekilde belirli yaş grupları için çeşitli periyotlar dâhilinde bazı aşılardan 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 tatbiki öngörülen aşılardan da 1593 sayılı Kanun'un 57. maddesinde

tahdidi olarak sayılan hastalıkları tam olarak karşılamadığı, bu kapsamda 57. maddede zikredilen hastalıklardan birinin ortaya çıkması veya ortaya çıkmasından şüphe edilmesi durumunda hastalara veya hastalığa maruz bulunanlara serum veya aşı uygulanması hususunu düzenleyen 72. madde hükmünün de başvuruya konu uygulamanın kanuni dayanağı olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığı anlaşılmaktadır.

79. Bunun yanı sıra 1593 sayılı Kanun'da münferiden çiçek aşısının mecburi bir aşı olarak öngörüldüğü ve söz konusu yükümlülüğün zaman ve kişi grupları dikkate alınarak Kanun'un 88-94. maddelerinde ayrıntılı olarak düzenlendiği görülmektedir. Bunun dışındaki aşı uygulamasının Bakanlığın ilgili Genelge'si kapsamında ve belirlenen program çerçevesinde yapıldığı görülmekle birlikte genel ve zorunlu aşı uygulamasına dayanak oluşturacak bir kanun hükmünün mevcut olmadığı anlaşılmaktadır.

80. Halk Sağlığı Kurumu tarafından gönderilen yazı içeriğinde belirtilen ve aşı uygulamasının kanuni dayanağı bağlamında yer verilerek halk sağlığının korunması ve geliştirilmesi, hastalık risklerinin azaltılması ve önlenmesi, sağlık için risk oluşturan faktörlerle mücadele edilmesi; bulaşıcı ve bulaşıcı olmayan kronik hastalıklar ve belirli hastalık ve risk grupları ile ilgili izleme, inceleme, araştırma, bağışıklama ve kontrol çalışmaları yapılması görevini Halk Sağlığı Kurumuna verdiği belirtilen Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin de Anayasa'nın ikinci kısmının ikinci bölümünde yer alan bir temel hakka yönelik sınırlandırma ve müdahale açısından dayanak olamayacağı açıktır.

81. Açıklanan nedenlerle zorunlu aşı uygulaması bağlamında başvurucunun Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir ..."<sup>1</sup>

82. Yukarıda yer verilen tespitler uyarınca başvuruya konu müdahalenin kanunilik şartını sağlamadığı anlaşıldığından söz konusu müdahale açısından diğer güvence ölçütlerine riayet edilip edilmediğinin ayrıca değerlendirilmesine gerek görülmemiştir.

<sup>1</sup> R.G. Tarih ve Sayı: 26/10/2016 – 29869, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/4077>

Görüldüğü üzere, Anayasa Mahkemesi, ilke olarak zorunlu aşı uygulamasına karşı çıkmamakta; çocuklara zorunlu aşı yapılmasını, salt konunun kanunla düzenlenmemesi nedeniyle Anayasa'ya aykırı bulmaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi kararında da işaret edilen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında, aşının kamu sağlığının korunması açısından gerekli olduğu durumlarda söz konusu uygulamanın özel hayata saygı hakkını ihlali sayılmayacağı sonucuna ulaşılmaktadır. Öte yandan doktrinde, zorunlu aşı uygulamasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırı olmamakla birlikte; konunun ancak yasayla düzenlenebileceği ve Türkiye'de temel sorunun ortada bir yasal düzenlememe bulunmaması olduğu belirtilmektedir:

“...Sonuç olarak, AİHM kararlarına bakıldığında, zorunlu aşı uygulamasının Sözleşme'nin 8.maddesi kapsamında değerlendirildiği görülmektedir. Mahkeme, aşılanmayan çocukların eğitim ve öğrenim hakkının ihlal edilip edilmediğini değerlendirmemiştir. Mahkeme kararlarında zorunlu aşı, vücut bütünlüğüne bir müdahale olarak ifade edilmekle birlikte, açık bir kanuni düzenlemenin varlığı halinde, toplum sağlığının korunması meşru amacını taşıyan bu uygulamanın demokratik bir toplumda gerekli, ölçülü ve orantılı olduğu ve bu nedenle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.8/2'ye uygun olduğu sonucuna varılmaktadır...”...”... Gerek Anayasa Mahkemesi kararlarında, gerekse Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında, zorunlu aşı uygulamasının kanuni dayanağının bulunması gerektiği vurgulanmaktadır. Dolayısıyla Sağlık Bakanlığı tarafından zorunlu olarak yapılması düşünülen aşılarda (Genişletilmiş Bağışıklama Programı kapsamında iki yaşına kadar olan çocuklara uygulanan aşılarda gibi) hukuki bir dayanağının olması, diğer bir deyişle kanunda açıkça ve ayrıntılı olarak düzenlenmesi gerekir. Ayrıca, sadece zorunlu aşı uygulamasının değil, zorunlu aşının reddedilmesi durumunda uygulanacak olan idari yaptırımların da kanunda açık bir şekilde düzenlenmesi gerekir. Örneğin, Avrupa'da bazı ülkelerde aşılarda yapılmayan çocuklara okula kabul edilmemektedir. Böyle bir yaptırım, doğrudan doğruya eğitim ve öğrenim hakkının kısıtlanmasına neden olacağından, bunun Anayasa'nın eğitim ve öğrenim hakkını düzenleyen 42'nci

**maddesine göre kanunla düzenlenmesi gerekir...”<sup>2</sup>**

Toplum sağlığının korunması ve bu anlamda bireylerin yaşam ve sağlık haklarını ciddi şekilde tehdit eden hastalıkların yayılmasının önlenmesi, Anayasa'nın devlete yüklediği bir ödevdir. Gerçekten Anayasa'nın 56. maddesi; devlete herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak görevini vermiştir. Dolayısıyla insan sağlığını önemli ölçüde tehdit eden Hepatit B virüsünün eradike edilmesinin devletin görevleri arasında yer aldığı kuşku yoktur. Hepatit B virüsünün ortadan kaldırılmasının ve giderek virüsten kaynaklanan hastalıklarla ölümlerin önüne geçilmesinin temel yöntemi; yeni doğanlarla çocukların aşılanması yoluyla gelecekte Hepatit B virüsüne bağışık bir toplum yaratılmasıdır. Dilekçede ortaya atılan bilim dışı ve asılsız iddiaların aksine; Hepatit B virüsüne yönelik aşılarda son derece güvenli olup, ciddi yan etkilerinin bulunmadığı kanıtlanmış bilimsel gerçeklerdir. **Şu halde, aralarında Hepatit B aşısının da yer aldığı yeni doğan ve çocuklara yönelik aşı uygulaması bir an önce yasal çerçeveye kavuşturulmalı, aşılamaya yasayla zorunlu kılınmalı ve çocuklarına aşılatmayı reddeden ebeveynlere yönelik ölçülü yaptırımlar yine yasayla getirilmelidir. Aksi takdirde, aşı karşıtı kişiler yasal boşluğu kullanmak suretiyle çocuklarının aşılanmasına izin vermeyecek ve sonuçta toplum sağlığı bu durumdan zarar görecektir. Yasal durum bu olsa da, uzman hekimler ve yardımcıları anne-babaya aşının ne kadar yararlı ve emniyetli olduğunu anlatmalı, ikna etmeye çalışmalıdırlar.**

2 Mine KASAPOĞLU TURHAN, *İdari Kolluk Yetkisi Bağlamında Zorunlu Aşı Uygulaması, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9(1) 2019, s.1 – 40

#### **HEPATİT B AŞISI OLMASI GEREKENLER**

- Yenidoğan her bebek
- İlköğretim çağında ve halen aşılanmamış olanlar
- Riskli gruplardaki erişkinler
  - . Sağlık çalışanları
  - . Ailesinde hepatit B'li olanlar
  - . Bağışıklık sistemini baskılayan ilaç kullanılan hastalıklar (hematoloji-onkoloji, organ nakli, diyaliz hastaları ve kronik iltihabi hastalıkları için kortizon ve benzeri ilaçları kullanacaklar)





## ÇOK ÖNEMLİ

Bugüne kadar **aşı olmamış** çocuklar ve genç erişkinler (<30 yaş) mutlaka **hepatit B aşısı** olmalıdır.



[www.tkev.org](http://www.tkev.org)