İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

İstanbul Hukuk Mecmuası

İstanbul Hukuk Mecmuası, 80 (4), 1105-1138

DOI: 10.26650/mecmua.2022.80.4.0002
https://dergipark.org.tr/pub/ihm
http://mecmua.istanbul.edu.tr/tr/_

Başvuru: 14.07.2022
Revizyon Talebi: 29.11.2022
Son Revizyon Tarihi: 29.11.2022
Kabul: 27.12.2022

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Bebeklik Dönemi Aşı Uygulamalarının Velayet Hakkı Kapsamında Değerlendirilmesi

Seda İrem Çakırca**

Öz

Aşı reddi, Dünya Sağlık Örgütü tarafından kişilerin kendilerine sunulan aşı hizmetlerinin varlığına rağmen aşı yaptırmayı tamamen reddetmesi olarak tanımlanmıştır. Aşı reddi, dünya üzerindeki ülkelerin %90'ından fazlasında rapor edilmiştir. Özellikle bebeklerde aşı ile önüne geçilebilecek hastalıkların meydana çıkmasını ve bu hastalıklar sebebiyle gerçekleşen ölümleri engellemesi için elzem olan bebeklik dönemi aşı uygulamalarının reddedilmesi Türkiye'de de gittikçe artmaktadır. Covid 19 salgını sonrasında daha da alevlenen aşıların zorunlu hale getirilmesi tartışması, bebeklik dönemi aşı uygulamalarının tekrar mercek altına alınması zaruretini doğurmuştur. Anayasa Mahkemesi, bebeklik dönemi aşı uygulamalarına ilişkin 2015 yılında verdiği Halime Sare Aysal kararında hak ihlali tespit ederek, bebeklik dönemi aşı uygulamalarına yasal temsilciler tarafından rıza verilmemesini hukuka uygun bulmuştur. Anayasa Mahkemesi'nin aksine tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getirecek rızanın verilip verilmemesi hususu, velayet hakkının kapsamı, sınırlandırılması ve "çocuğun üstün yararı" çerçevesinde değerlendirilmeye alındığı vakit; zorunlu aşı tartışmaları tipik bir anayasa hukuku tartışması olmaktan çıkacaktır. Kapsamlı bir analiz yapmak için bu çalışmada öncelikle karşılaştırmalı hukukta bebeklik dönemi aşı uygulamalarının ne şekilde düzenlendiği ele alınacak, ikinci bölümde ise Türkiye'deki bebeklik dönemi aşı uygulamalarına ilişkin mevzuat ve ulusal ve ulus-üstü yargının tutumu incelenecektir. Son bölümde ise bebeğin yasal temsilcisinin tıbbi müdahaleye rıza vermekten imtina etmesi velayet hakkı, söz konusu hakkın çocuğun üstün yararı temelinde sınırlandırılması veya kaldırılması bağlamında değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler

Velayet, Bebeklik Dönemi Aşıları, Çocuğu Üstün Yararı, Tıbbi Müdahaleye Rıza, Kamu Sağlığı

Evaluation of Infancy Vaccine Applications within the Scope of Custodial Right

Abstract

Vaccine hesitation, described by the WHO as "delay or refusal in the acceptance of vaccines notwithstanding the availability of vaccine services" and vaccine refusal, defined as the rejection of all vaccines, have been documented in more than 90% of the world's countries. In Turkey, some parents are increasingly rejecting vaccination of infants. These vaccines are essential to prevent the emergence of preventable diseases, especially in infants, and to prevent deaths caused by these diseases. The discussion of making vaccinations compulsory after the Covid-19 pandemic made it important to re-examine the necessity of infancy vaccinations. In its Halime Sare Aysal decision regarding infancy vaccination in 2015, the Constitutional Court found legal representatives of infants who refuse to consent to infancy vaccination practices to be a violation of rights. However, contrary to the Constitutional Court decision's reasoning, when the issue of whether to give consent that will make the medical intervention lawful is taken into consideration within the framework of the scope of limitation of the right of custody and "best interests of the child," mandatory vaccination debates will cease to be a typical constitutional law debate. In the first part of this study, the regulation of infancy vaccination practices in comparative

* Bu makale, 10 Şubat 2022'de Hukukun Güncel Meseleleri Erzincan Sempozyumu'nda sunulan "Bebeklik Çağı Aşı Uygulamalarının Reddinin Velayet Hakkının Kapsamı Bağlamında Değerlendirilmesi" başlıklı tebliğin geliştirilmiş ve gözden geçirilmiş hali olup, başka hiçbir yerde yayınlanmak üzere gönderilmemiş ve yayınlanmamıştır.

** **Sorumlu Yazar:** Seda İrem Çakırca (Doç. Dr.) İstanbul Üniversitesi, Siyasal Bilgiler Fakültesi Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: icakirca@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0002-1327-1833

Atıf: Cakirca SI, "Bebeklik Dönemi Aşı Uygulamalarının Velayet Hakkı Kapsamında Değerlendirilmesi" (2022) 80(4) İstanbul Hukuk Mecmuası 1105. https://doi.org/10.26650/mecmua.2022.80.4.0002

This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License

law will be discussed. Furthermore, in the second part, the legislation regarding infancy vaccination practices in Turkey and the position of the national and supranational judiciary will be examined. In the last part, the refusal of the legal representative of the infant to consent to medical intervention will be analyzed in the context of limiting or removing the right of custody on the basis of the best interests of the child.

Keywords
Custody, Infancy Vaccinations, The Best Interest of the Child, Consent to Medical Intervention, Public Health

Extended Summary

The Covid-19 pandemic brought with it the question of whether compulsory vaccination applications could be made legally possible. It is seen that with the increasing vaccine hesitancy and vaccine rejection throughout the world over the years, the community immunity for vaccine-preventable infancy diseases is gradually decreasing. In this respect, it has been accepted by many countries that infancy vaccination practices must be mandatory. Turkey is not far away from the current vaccine debates. The Halime Sare Aysal decision of the Constitutional Court in 2015 regarding infancy vaccination practices provided a different direction to this debate. The Constitutional Court built its decision only on the principle of "lawfulness," without any reference to concepts such as custody, the best interest of the child, the superior public, or private benefit, all concepts that can replace consent to medical intervention. A crucial opportunity was missed by the high court's strict formal assessment of the concept of legality, as the right of custody is understood in the current literature not only as a right, but as an obligation shaped according to the best interests of the child.

Although the European Court of Human Rights did not find a violation in the Czech Republic's decision to make infant immunizations mandatory, it missed a significant opportunity by not mentioning the ideas of custody or the best interest of the child in the judgment's reasoning. The Vavřička and others v. the Czech Rebuplic case was constructed primarily in terms of a conflict between the private life of unvaccinated children and the values of public health and social solidarity. Despite appearances, the underlying issue is not a conflict between one's freedom to self-determination and public health. Instead, the conflict at hand is between the parents' right to make decisions on behalf of their children and the state's right to impose obligations in order to preserve public health as well as the best interests of the child in question. For example, an adult person who refuses a vaccine against Covid-19 does so willingly and voluntarily, knowingly all of the consequences. This decision can be considered as a person's self-determination. On the other hand, an infant cannot make this choice. As the decision will be made by the parents, it represents their choices instead of the infant's, even though the consequences will be borne by the infant.

In the first part of the study, I will examine which methods are compulsory for infancy vaccination in the world and especially in Europe. For example, the Measles

vaccination is now required for children aged one and up who attend daycare, school, or other community institutions, as well as for individuals who work in those facilities or in medical facilities, according to a German legal rule that alters various statutes. Vaccinations against measles will also be required for those living or working in refugee and asylum-seeker facilities. Noncompliance will result in fines, as well as the exclusion of unvaccinated children and adults from the appropriate facilities. In the second part of the study, I will discuss Turkey's legislation on infancy vaccination practices and the position of national and supra-national jurisdictions on this issue. The last part is devoted to the evaluation of the right of custody in the context of the best interests of the child. Unfortunately, this concept has found its place neither in the decisions of the Constitutional Court nor in the decisions of the European Court of Human Rights. Thus, the rights and best interests of the child related to infant vaccination practices will be examined. Furthermore, a step that will put an end to the debates on formal legality is to make a legal regulation by the legislator regarding infancy vaccination practices. In this respect, how the new regulation should be designed in order to take into account the best interests of the child will also be discussed.

Bebeklik Dönemi Aşı Uygulamalarının Velayet Hakkı Kapsamında Değerlendirilmesi

Giriş

Covid 19 salgını ile birlikte gündeme gelen zorunlu aşı uygulamalarının hukuken mümkün olup olmayacağına yönelik tartışmalar, zihinlere bebeklik dönemi aşılarının zorunlu tutulmasına ilişkin tüm dünyada yıllardır varlığını sürdüren benzer bir tartışmayı getirmiştir. Her iki tartışmanın da temel eksenini zorunlu aşı uygulamalarının; kişinin özel yaşamına saygı hakkı ile kamu sağlığı arasında hak çatışmasına sebebiyet verdiği gerçeği oluşturmaktadır. Şöyle ki; her tıbbi müdahale kişinin aydınlatılmış onamının yokluğunda vücut bütünlüğünün ihlal edilmesi anlamına gelir ve bu sebeple hukuka aykırıdır. Zorunlu aşı uygulamalarında kişinin iradesini, bu bağlamda aydınlatılmış onamını aramaksızın bir tıbbi müdahaleyi zorunlu kılmak devletin kamu sağlığını korumaya yönelik pozitif yükümlülüğü ile açıklanmaktadır. Dolayısıyla zorunlu aşı tartışmalarının odağını devletin olası veya mevcut bir salgını önlemek için zorunlu aşı politikalarını uygulamak suretiyle kamu sağlığını; bireylerin yaşam hakkını koruma yükümlülüğü ile zorunlu aşı uygulamasına tabi olmak istemeyen kişinin özel yaşamına saygı hakkının çatışması oluşturmaktadır. Elbette her devlet salgın hastalık tehlikesi veya mevcudiyeti karşısında aşıların zorunlu olmasına dair bir politik tutum almak mecburiyetinde değildir. Söz konusu aşılar ihtiyari olarak da tanımlanabilir. Başka bir ifadeyle, toplum bağışıklığı aşı olacak kişinin iradi kararına göre belirlenecek aşılama uygulamaları ile de elde edilmeye çalışılabilir.

Bebeklik dönemi aşılarının zorunlu tutulması tartışmasında ise meseleye tıbbi müdahaleye rızasını açıklayan yasal temsilcinin velayet hakkı ve çocuğun üstün yararı kavramları da eklenmektedir. Zira bebeklik dönemi aşılarının uygulanacağı bebeğin bu hususta iradesini açıklaması mümkün değildir. İrade açıklaması ile hakkın süjesi olan bebeğin geleceği hakkında karar veren velayet hakkı sahibi ana ve babadır. Dolayısıyla velayet hakkının kapsamı, sınırları ve sınırlandırılma/kaldırılma sebepleri bu bağlamda hayati bir önememe sahiptir. Bebek adına irade açıklamasında bulunacak olan velayet hakkı sahibi kişi veya kişilerin, anılan iradelerini açıklarken sınırsız bir özgürlüğe sahip olmadıkları tartışmasız hukuki bir gerçekliktir. Özellikle çocuk hakları bağlamında "çocuğun üstün yararı" ilkesi velayet hakkının sınırlandırılmasını gerekli kılan en önemli sebeplerden biri olarak karşımıza

çıkmaktadır[1]. Güncel yazında[2] da velayet hakkının, hak süjesi çocuğun korunması, maddi ve manevi bütünlüğünün geliştirilmesi için sahibine haktan çok yükümlülük yükleyen karakterinin altının çizildiği unutulmamalıdır. Velayet hakkının kapsamını çocuğun yüksek menfaati belirleyeceği üzere çocuğun kişi varlığının veya mal varlığının tehlikeye girmesi söz konusu olduğunda, velayet hakkının sınırlandırılarak çocuğun korunması gündeme gelecektir.

Bebeklik çağına ilişkin aşı tartışmalarının kamu sağlığı, özel yaşama saygı ve çocuk hakları şeklinde üç ayağı olması gerekir. Öte yandan Türkiye özelinde, Anayasa Mahkemesi 2015 yılında verdiği Halime Sare Aysal kararı[3] ile bu üç ayağın çocuk haklarına ilişkin kısmını değerlendirmeye almamış ve kararını sadece "kanunilik" ilkesi üzerine inşa etmiştir. Bu çalışmanın amacı bebeklik dönemi aşı uygulanmalarının zorunlu kılınmasının hukuken nasıl mümkün olacağı sorusunun cevabını, velayet hakkını da dikkate alarak, bulmaktır. Anılan amaç doğrultusunda ilk olarak, dünya üzerindeki zorunlu aşı uygulamaları tartışmalarından özellikle de bebeklik dönemine ilişkin olanlar incelenecek ve karşılaştırmalı hukuk analizi yapabilmek için Avrupa ile sınırlı bir biçimde zorunlu aşı uygulamalarının hukuken nasıl düzenlendiği ve sonuçlarının neler olduğu araştırılacaktır. Çalışmanın ikinci kısmında ise Türkiye özelinde zorunlu bebeklik çağı aşılarının mevzuatta nasıl düzenlendiği ve içtihadın söz konusu aşı uygulamalarına dair tutumu incelenecektir. Bu araştırmayı yaparken, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin konuya ilişkin kararlarından; özellikle de görece yeni Vavřička ve diğerleri v. Çek Cumhuriyeti kararı[4] ve Anayasa Mahkemesi'nin Halime Sare Aysal kararından yararlanılacaktır. Son bölümde ise velayet hakkı kapsamında velayet hakkı sahibi kişi veya kişilerin, çocuk üzerinde tıbbi bir müdahale niteliğinde olan aşı uygulamasına izin verip vermemekte sınırsız bir özgürlüğe sahip olup olmadığı, çocuğun üstün yararı ilkesi çerçevesinde tartışılacaktır.

---

1 Ingeborg Schwenzer, *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I Art. 1-456 ZGB* (3. Auflage ,Helbing &Lichtenhahn 2006) Art. 301 N. 4; Peter Tuor, Bernhard Schnyder, Jörg Schmit ve Alexandra Jungo, *Das Schweizersiche Zivilgesetzbuch* (Schulthess § 2015) § 43 N 50.

2 Mustafa Dural, Tufan Öğüz ve Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku C. III Aile Hukuku* (Filiz Kitabevi 2019) N. 1691, Rona Serozan, *Çocuk Hukuku* (2. basıdan tıpkı bası, Vedat Kitapçılık 2017) 250, Sevgi Usta, *Velayet Hukuku* (On İki Levha Yayıncılık 2016) 24, Gülçin Elçin Grassinger, *Türk Medeni Kanununda Yer Alan Velayet Hükümleri Uyarınca Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler (MK md. 346, md. 347, md. 348)* (On İki Levha Yayıncılık 2009) 2, Selma Baktır Çetiner, *Velayet Hukuku* (Yetkin Yayınları Ankara 2000) 28-30; Schwenzer (n 1) Art. 302 N. 4, Tuor, Schnyder, Jungo (n 1) § 43 N. 26.

3 Anayasa Mahkemesi 2013/1789, 11. 11. 2015. (RG 24. 12. 2015/29572). Anayasa Mahkemesi Halime Sare Aysal kararını takip eden kararlarında da özdeş gerekçelerden hareket etmiştir. Bkz.: Muhammed Ali Bayram Kararı, Anayasa Mahkemesi 2014/4077, 29. 06. 2016. (RG 26. 10. 2016/29869); Esma Fatma Kızılsu ve Rukiyye Erva Kızılsu Kararı, Anayasa Mahkemesi 2013/7246, 23. 03. 2016 (Söz konusu karar Resmî Gazete'de yayınlanmamıştır), Salih Gökalp Sezer Kararı, Anayasa Mahkemesi 2014/5629, 21. 11. 2017 (Söz konusu karar da Resmî Gazete'de yayınlanmamıştır).

4 Vavřička and others v. the Czech Republic App No 47621/13 and 5 others (ECHR 08. 04. 2021).

I. Karşılaştırmalı Hukukta Zorunlu Aşı Uygulamaları

A. Genel Olarak

Aşılar, toplumsal hayat üzerinde bulaşıcı hastalıklar sebebiyle oluşabilecek yükleri büyük ölçüde azaltırlar. Buna karşın, gittikçe artan bir şekilde, birçok kişi hem kendisine hem de çocuğuna aşı yaptırmak konusunda tereddüt etmekte ve aşı yaptırmamaktadır. Elbette aşı reddinin birden fazla sebebi olabilir. Kimi zaman aşı reddinin sebebi aşıların olası yan etkilerine karşı duyulan korku, kimi zaman aşıların içeriklerine dair güvensizlik veya dini inançlar olabilir[5]. Oysa bulaşıcı bir hastalığa; örneğin kızamığa ilişkin toplum bağışıklığının sağlanabilmesi, hastalığın yayılmasının azaltılması ve kırılgan grupların korunabilmesi toplumun %95'inin aşılanmasına bağlıdır[6]. Pek tabii ki; bulaşıcı hastalıklara karşı düşük toplum bağışıklığının tek sebebi aşı reddi değildir. Bazı kişilerin tıbbi risk taşımaları nedeniyle aşılanamadığı veya aşıya erişimin mümkün olmadığı durumlarda dezavantajlı grupların aşılanamadığı da göz önüne alındığında, toplum bağışıklığını güçlendirmeyi/sağlamayı hedefleyen devletlerin kullanabileceği en etkin yöntemlerden birinin aşıları zorunlu kılmak olduğu görülecektir. Zira, özellikle aşıya erişimi mümkün olmayan kırılgan grupların bulaşıcı hastalıklardan zarar görmemesi toplum bağışıklığının sağlanmasına bağlıdır. Zorunlu aşı politikaları ile devletler, düşük aşılanma oranlarına müdahale ederek, bulaşıcı hastalıklar için toplum bağışıklığını sağlayabilirler.

Bebeklik dönemi aşıları da devletlerin zorunlu aşı uygulamaları kapsamına öncelikli olarak aldıkları aşı grubu içerisinde yer alır. Özellikle Kuzey Amerika ve Avrupa'daki son kızamık salgınları, hükümetlerin aşılama konusunda ebeveynlerin karar verme sürecine nasıl dahil olduklarını yeniden gözden geçirmelerini hızlandırmıştır[7]. Bu sebeple çalışmanın takip eden bölümünde, zorunlu aşı tartışmaları bebeklik dönemi aşıları kapsamında değerlendirilecektir. Öncelikle dünya üzerinde bebeklik dönemi aşı uygulamalarının nasıl ele alındığı incelenecek, söz konusu incelemede Avrupa'ya özel bir bölüm hasredilecektir. Böylelikle karşılaştırmalı hukuk açısından meselenin nasıl ele alındığı hususunda bilgi edinilmesi amaçlanmaktadır.

B. Dünya Genelinde Bebeklik Dönemi Aşı Uygulamaları

Aşıların milyonlarca insanı, yirmiden fazla aşı ile önlenebilir hastalık sebebiyle ölümden kurtarmış ve kurtarmaya devam ettiği bilinmektedir. DSÖ'nün verilerine göre özellikle bebeklik dönemi aşıları göz önüne alındığında, aşıların her yıl iki ile üç

[5] Roland Pierik, ´On Religious and Secular Exemptions: A Case Study of Childhood Vaccination Waivers` (2017) Ethnicities Vol. 17(2) 220, 221.

[6] Samantha Vanderslott ve Tatjana Marks, ´Charting Mandatory Childhood Vaccination Policies Worldwide` (2021) Vaccine 39 4054, 4055; Katie Attwell ve Mark C. Navin, ´Childhood Vaccination Mandates: Scope, Sanctions, Severity, Selectivity, and Salience` (2019) The Milkbark Quarterly Vol 97 No: 4 978, 979; Fransesca Camilleri, ´Compulsory Vaccinations for Children: Balancing the Competing Human Rights at Stake` (2019) Netherlands Quarterly of Human Rights Vol. 37 (3) 245, 246.

[7] Attwell ve Navin (n 5) 979.

milyon arasındaki çocuğu kızamık, kabakulak, kızamıkçık, difteri, tetanoz, çocuk felci, hepatit B, zatürree, influenza tip B ve boğmaca gibi bulaşıcı çocuk hastalıklarından kurtardığı kabul edilmektedir[8]. Buna karşın, her yıl beş yaşından küçük bir buçuk milyon çocuğun anılan aşı ile önlenebilir bebeklik dönemi hastalıklarından öldüğü tahmin edilmektedir. Covid 19 salgının da kızamık ve çocuk felci gibi hastalıklarla mücadele için hayat kurtaran aşılara erişimi azalttığı görülmektedir. Şöyle ki; Covid 19 salgınından önce bile 2019 yılında yaklaşık 14 milyondan fazla çocuğa hiç aşı yapılmadığı ve bir yaşın altındaki 19 milyon çocuğa ise kızamık, çocuk felci ve diğer önlenebilir hastalıklara karşı önerilen aşılar yapılmadığı göz önüne alındığında Covid 19 salgının dünya üzerindeki en kırılgan gruplardan biri olan çocukların çoğunu aşı hizmetlerine erişimden mahrum bıraktığı kolayca anlaşılacaktır. Zira salgın devam ettikçe, Covid 19 aşısının dağıtım hızına bağlı olarak, rutin bağışıklama sistemi olumsuz bir şekilde etkilenmektedir. Salgın nedeniyle gerçekleşen kesintiler ve bebeklik dönemi aşılarının kapsamının yetersiz olması sonucunda 2021 yılında kızamık, boğmaca, difteri, sarı humma ve çocuk felci gibi hastalıkların ölümcül sonuçları olan salgınlara yol açabileceği öngörülmekteydi[9].

Öte yandan, dünyanın geneline baktığımızda birçok ebeveynin aşıya erişimlerinin olmasına rağmen, aşılar konusunda çekimser veya bu uygulamaları reddeder bir pozisyonda oldukları son yıllarda bilinen bir gerçekliktir. Sosyal medyanın alevlendirmesiyle birlikte, aşı reddinin en büyük sebeplerinden biri kızamık, kabakulak ve kızamıkçık aşılarının otizme neden olduğunu iddia eden bir çalışmadır[10]. Oysa söz konusu makalede, manipüle edilmiş verilerin kullanıldığı, otizm ile aşı uygulamaları arasında anlamlı bir bağ kurulamadığı yapılan birçok çalışmada ortaya koyulmuştur[11]. Aşı reddinin diğer yaygın nedenleri ise doğal bağışıklığın aşıyla kazanılan bağışıklıktan daha iyi olduğu düşüncesi[12], aşıların güvenilir olmayan toksin maddeler içerdiği, çocuğa erken dönemde birden fazla aşı vermenin çocuğun bağışıklık sistemine aşırı yüklediği iddiası[13] ve dini inançlardır[14].

Aşıların birçok bebeklik dönemi hastalığından kaynaklanan ölümleri önlemeye yardımcı olduğu değerlendirildiğinde, toplum bağışıklığını sağlamak isteyen devletlerin aşıları zorunlu tutma yolunu bir çözüm olarak gördükleri anlaşılmaktadır.

---

8 WHO, ´Vaccines and Immunization`, https://www.who.int/health-topics/vaccines-and-immunization#tab=tab_1, Erişim Tarihi 09. 03. 2022.

9 UNICEF, ´Immunization` (July 2021), https://data.unicef.org/topic/child-health/immunization/, Erişim Tarihi 09. 03. 2022.

10 Andrew Wakefield ve diğerleri, ´Ileal-lympoid-nodular hyperplasia, non-spesific colitis, and pervasive developmental disorder in children` (1998) The Lancet, Vol: 351 637-641.

11 Söz konusu çalışmanın yayımlandığı ünlü The Lancet dergisi, 2010 yılında makaleyi geri çekmiş, Andrew Wakefield'in mesleki ruhsatı ise etik ihlali nedeniyle iptal edilmiştir. Makale aynı zamanda son yüz yılın en büyük tıbbi aldatmacası olarak da anılmaktadır. https://www.ibtimes.com/link-between-mmr-vaccines-autism-conclusively-broken-253071, Erişim Tarihi 09. 03. 2022.

12 Camilleri (n 5) 246.

13 İbid 246.

14 Pierik (n 4) 221.

Örneğin, Güney Amerika'da zorunlu aşılama yöntemi hakim olarak uygulanır. Paraguay, Guyana ve Karayip ülkelerinin %80'ninde okula başlamak için aşı yaptırmak zorunludur[15]. Kuzey Amerika'da ise, Amerika Birleşik Devletleri'nde 1800'lü yılların başından beri bütün eyaletlerde farklı uygulamalar olsa da bugün, okula başlamak için bebeklik dönemi aşılarının uygulandığına dair bir belge gereklidir. Buna karşın elli eyaletin tamamı tıbbi nedenlerle, kırk beş eyalet ise dini ve felsefi sebeplerle zorunlu aşı uygulamalarına dair muafiyetlere izin vermektedir[16]. Kanada'da ise eyalet düzeyinde farklı uygulamalar mevcuttur. Örneğin; Ontario[17] ve New Brunswick'te[18] bazı aşılar okula başlayacak çocuklar için zorunlu tutulmuştur[19].

Batı Pasifik bölgesinde Singapur, 1977 tarihli Singapur Bulaşıcı Hastalıklar Yasası[20] (Singapore Infectious Diseases: ID) m. 46/f. 1'de, çocuklar için difteri ve kızamık aşılarını zorunlu aşı kategorisinde düzenlemiştir. Güney Kore'de geçmişte okula giden çocukların bir aşı sertifikasına sahip olmaları gerekirken, aşı zorunluluğuna ilişkin bu politika 1999 yılında çıkarılan bir yasa ile değiştirilmiş ve bebeklik dönemi aşılarına dair gönüllük esası benimsenmiştir[21]. Benzer şekilde, Japonya'da ilk olarak okul öncesi çocuklar için 1978'de uygulamaya konulan zorunlu kızamık aşısı programı 1994 yılında değiştirilerek, tamamen durdurulmuştur. Bu değişiklikle; zorunlu bebeklik dönemi aşı uygulamalarının yerini güçlü tavsiyeler ve bireylerin iradi kararları almıştır[22]. Batı Pasifik bölgesinin güneyinde Yeni Zelanda'da da zorunlu aşılama uygulamasından ihtiyari aşılama sistemine geçilmiştir[23]. Avustralya'da ise 19. yüzyılın ortalarından itibaren Victoria, Güney Avustralya, Batı Avustralya ve Tazmanya eyaletlerinde çiçek aşısı, vicdani ret istisna hükmüne rağmen zorunlu hale getirilmiştir[24]. 2016 yılında ise belirli çocuk ve aile vergi indirimlerinden yararlanmaya hak kazanabilmek için ebeveynlerin çocuklarını tam olarak aşılatmalarını gerekli kılan "İğne Yok, Oyun Yok; İğne Yok, Ödeme Yok" politikası uygulamaya koyulmuştur. "İğne Yoksa, Oyun Yok" politikası ile çocukların kreşe başlayabilmeleri için ya tam aşılı olmalarını ya da onaylanmış bir aşı tamamlama programına katılmaları şart koşulmuştur[25].

---

15 Vanderslott ve Marks (n 5) 4057.

16 Saad B. Omer, Cornelia Betsch ve Julie Leask, ´Mandate vaccination with care` (2019) Nature 571 (7766) 469, 470.

17 Immunization of School Pupils Act R.S.O. 1990, Chapter I. 1, https://www.ontario.ca/laws/statute/90i01 , Erişim tarihi 09. 03. 2022.

18 PublicHealthAct42.1,https://www2.gnb.ca/content/dam/gnb/Departments/ag-pg/PDF/RegulationsReglements/2021/2021-67.pdf , Erişim tarihi 09. 03. 2022.

19 Vanderslott ve Marks (n 5) 4058. Öte yandan yazarların verdikleri bilginin aksine Manitoba'da kızamık aşısı halen daha zorunlu aşı kategorisinde değildir; daha da doğru bir ifadeyle Manitoba'da bebeklik çağı aşılarının hiçbiri zorunlu aşı olarak değerlendirilmemektedir. https://www.gov.mb.ca/health/publichealth/cdc/div/about.html#a , Erişim tarihi 09. 03. 2022.

20 https://sso.agc.gov.sg/Act/IDA1976 , Erişim tarihi 09. 03. 2022.

21 Vanderslott ve Marks (n 5) 4058.

22 Peter Doshi ve Akira Akabayashi, ´Japanese Childhood Vaccination Policy` (2010) 19 Cambridge Q Healthcare Ethics 283, 283.

23 https://www.healthnavigator.org.nz/health-a-z/c/childhood-immunisation/, Erişim tarihi 09. 03. 2022.

24 Vanderslott ve Marks (n 5) 4058.

25 https://www.ncirs.org.au/public/no-jab-no-play-no-jab-no-pay, Erişim tarihi 09. 03. 2022.

Afrika için verilere erişimin sağlıklı ve güvenli olmaması sebebiyle aşılama politikası hakkında bilgi edinmek zordur. Kenya, 2010 yılında yeni bir Anayasa ve Haklar Bildirgesi ile çocuklar için de sağlık hakkı ve sosyal bakımı özel olarak düzenleme altına almıştır (madde 53)[26]. Tanzanya'da aşılama zorunlu değildir ve fakat uygulamada zorunluymuşçasına hareket edilir. Etiyopya'da kızamık aşısı zorunlu olup, 2007 yılında beşli aşı (Haemophilus influenzae tip B, boğmaca, tetanos, hepatit B ve difteri) uygulamaya konulduğunda da zorunlu hale getirilmiştir. Uganda'da ise 2017 yılında yürürlüğe giren bir yasa ile bebeklik dönemi aşıları zorunlu hale getirilmiştir. Nijerya'da çocukların sadece dörtte biri önerilen tüm aşıları olmuştur. Bu sebeple Nijerya, Afrika'da en düşük aşı yaptırma oranlarına sahip ülkelerden biridir. Ülkede 2020'de çocuk felcinden ari ilan edilmesine rağmen çocuk ölümleri halen daha oldukça yüksektir[27].

Doğu Akdeniz bölgesinde de zorunlu aşı uygulamaları yer almaktadır. Bu bağlamda İsrail bir istisnadır; zira bebeklik dönemi aşılarını zorunlu tutmamış, Ulusal Bağışıklama Teknik Danışma Grubu tarafından ana hatları çizilen bir aşılama takvimi önermekle yetinmiştir. Rutin çocukluk aşıları, hizmet kullanımının yüksek olduğu toplum temelli anne ve çocuk sağlığı kliniklerinde ücretsiz olarak sunulmaktadır[28]. Bölge'de birçok ülke çocuk felci aşını zorunlu tutmaktadır, halen daha çocuk felci salgınının olduğu Pakistan ve Afganistan'da da çocuk felci aşısı zorunlu olarak yapılmaktadır. Ancak yasal bu zorunluluğun uygulamada karşılığı bulunmamaktadır. Söz konusu ülkelerde cereyan eden çatışma iklimi aşılara erişimi zorlaştırmaktadır. Pakistan 2019 yılında çıkardığı bir yasa ile bütün bebeklik çağı aşılarını zorunlu hale getirmiştir[29]. Bölgede genel olarak, okula veya kreşe kaydolabilmek için aşıların tamamlanmış olması gerekir. Suudi Arabistan'da ise doğum belgesi alabilmek için zorunlu aşıların yapılması gerekir[30]. Güney-doğu Asya Bölgesi'nde de birçok ülkede zorunlu aşı uygulamaları bulunmaktadır[31].

Türkiye'deki bebeklik dönemi aşı uygulamalarını incelemeye geçmeden önce, bizim için anlamlı karşılaştırmalı bir hukuk analizi yapmak adına özel olarak Avrupa'daki bebeklik dönemi aşı düzenlemelerini değerlendirmek yararlı olacaktır. Bu bağlamda, bilhassa Almanya, İtalya ve Çek Cumhuriyeti örneklerinden ayrıntılarıyla söz edilecektir.

---

[26] https://www.klrc.go.ke/index.php/constitution-of-kenya/113-chapter-four-the-bill-of-rights/part-3-specific-application-of-rights/219-53-children, Erişim tarihi 09. 03. 2022.

[27] Vanderslott ve Marks (n 5) 4058, 4059, Cheluchi Onyemelukwe, ´Can legislation mandating vaccination solve the challenges of routine childhood immunisation in Nigeria?` (2016) Oxford University Commonwealth Law Journal VOL. 16 NO. 1 100, 101.

[28] https://www.health.gov.il/English/Topics/Pregnancy/Vaccination_of_infants/Pages/default.aspx, Erişim tarihi 09. 03. 2022.

[29] https://senate.gov.pk/uploads/documents/1580370222_788.pdf, Erişim tarihi 09. 03. 2022.

[30] https://www.moh.gov.sa/en/HealthAwareness/EducationalContent/vaccination/Pages/vaccination1.aspx, erişim tarihi 09. 03. 2022.

[31] Vanderslott ve Marks (n 5) 4059.

C. Avrupa'da Bebeklik Dönemi Aşı Uygulamaları

Dünyada gittikçe artan aşı tereddüdünün/reddinin sonuçları Avrupa'da da kendini göstermeye başlamıştır. Bu durum aşılama oranlarının önemli ölçüde düşmesine ve kızamık gibi önlenebilir bulaşıcı hastalıkların yayılmasının artmasına neden olmuştur. DSÖ'nün verilerine göre 2017 yılında Avrupa'da kızamık aşılarının uygulanmasında yaşanan düşüş nedeniyle 25. 869 kişi kızamığa yakalanmış ve 42 kişi söz konusu hastalıktan ölmüştür[32]. Türkiye de ne yazık ki kızamık hastalığının tekrar görülmeye başlandığı ülkelerden bir tanesidir[33]. 2017 yılından sonra aşı reddi ile birlikte baş gösteren kızamık hastalığının önüne geçebilmek için kızamık salgınından en çok etkilenen iki ülke olan Fransa ve İtalya, zorunlu aşı uygulamasını hayata geçirecek hukuki yollar oluşturmuştur[34].

Fransa'da zorunlu DPT (difteri, tetanoz ve çocuk felci) aşıları 20. yüzyılın başlarında uygulanmaya başlanmış ve önerilen tüm aşılar sonunda 2017'de zorunlu hale getirilmiştir. Buna göre; 1 Ocak 2018'den itibaren doğan, 2 yaşına kadar olan çocuklar için zorunlu aşılama üç aşıdan on iki aşıya çıkarılmıştır. Zorunlu aşı uygulamasına karşı çıkan ebeveynler, çocuklarını ve diğer çocukları riske atmakla suçlanıp, para cezası ve olası hapis cezası şeklinde yaptırımlarla karşılaşabileceklerdir[35].

İtalya'da bazı aşılar geçtiğimiz yüzyılın başında zorunlu olarak sınıflandırılmıştı (difteri, çocuk felci, tetanoz ve hepatit B); diğer aşıların uygulanması ise sadece tavsiye edilmekteydi. Zorunlu aşıların uygulanmamasının yaptırımı olarak düzenlenen para cezaları ve özellikle okuldan uzaklaştırma 1999 yılından beri çok nadir bir şekilde uygulanmaktaydı. 2016 yılında İtalya daha önce tavsiye edilen aşıları, üç yaşından büyük çocuklara okul öncesi eğitim için zorunlu şekilde düzenlenmiştir. Böylelikle 16 yaşına kadar olan çocuklar için artık on aşı zorunlu hale gelmiştir. Yapılan yeni düzenleme, aşılamayı reddeden tüm kişiler para cezasına çarptırılabilir (100-500 € arasında) ve aşılanmamış çocukların okul öncesi eğitim kurumlarına kaydolmaları önlenebilir kılınmıştır[36]. Buna karşın sadece aşı olması gereken bir çocuğun kabul edilmiş bir kontrendikasyonu olması halinde, aşı zorunluluklarına yönelik tıbbi

---

[32] WHO, ´Measles- European Region 6 May 2019`, https://www.who.int/emergencies/disease-outbreak-news/item/2019-DON140, Erişim Tarihi 09. 03. 2022.

[33] 2018'de Avrupa'da 83. 540 kişi kızamığa yakalanmış ve 74'ü kızamığa bağlı olarak hayatını kaybetmiştir. DSÖ'nün 2021 yılının başında yayımladığı verilere göre ise 2020 için, kızamık verilerini sunan 52 üye Devletin 37'si (%71) tarafından 12. 205 kızamık vakası rapor edilmiştir (sıfır raporlama dahil). Bölgedeki toplam vakalardan 10. 717 vaka (%88) 6 ülke tarafından rapor edilmiştir: Özbekistan (n=4. 053; %33), Kazakistan (3. 269; %27), Rusya Federasyonu (1. 100; %9), Romanya (976; %8), Kırgızistan (708; %6) ve Türkiye (611; %5). 10. 423 vakanın (% 85) aşılanma durumu biliniyordu. Aşılanmamış 8. 518 vakanın (%82) 4. 055'i (%48) <1 yaşında, 2.343'ü (%28) 1-4 yaşında, 670'i (%8) 5-9 yaşında, 400'ü (%5) 10-19 yaşında ve 1050 (%12) ≥ 20 yaşındaydı. Kalan 1905 vakanın (%18) en az bir doz kızamık içeren aşısı (MCV) ile aşılandığı bildirilmiştir. WHO, ´WHO EpiBrief, No: 1/2021`, https://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0008/496907/WHO-EpiBrief-1-2021-eng.pdf, Erişim Tarihi 09. 03. 2022.

[34] Camilleri (n 5) 247.

[35] Henri Partouche, Serge Gilberga, Vincent Renard ve Olivier Saint-Lary, ´Mandatory Vaccination of Infants in France: Is that the way forward?` (2019) European Journal Of General Practice Vol. 25 No. 1 49, 50.

[36] Camilleri (n 5) 247.

muafiyetlere izin verilmektedir. Başka bir muafiyet türü ise bulunmamaktadır[37]. Yapılan değişiklik sonrasında, İtalya'nın bulaşıcı hastalıklara karşı bağışıklığın arttığı tespit edilmiştir[38]. Hatta zorunlu aşı kapsamına girmeyen anti-pnömokok ve anti-meningokakal C aşılarına karşı bağışıklığın da belirgin bir şekilde arttığı gözlemlenmiştir[39].

Düşük bağışıklık oranları sebebiyle; özellikle kızamık hastalığından ağır şekilde etkilenen bir diğer Avrupa ülkesi de Romanya'dır. Romanya'da bu tür salgınlara tepki olarak, benzer zorunlu aşılama önlemlerinin getirilmesi için 2017'de bir yasa çıkarılmıştır. Buna göre; yeni doğanlarda doğumdan sonraki ikinci ve yedinci gün arasında BCG aşısı, Hepatit B aşısı ise doğumu takiben hemen (iki saat sonra), daha sonra iki ay, altı ay ve dokuz yaşında; difteri-tetanoz-boğmaca aşısı (DTP); iki aylık, dört aylık, altı aylık, 1 yıllık ve üç aylıkken; çocuk felci aşısı, 2, 4, 6 ay, 1 yaş ve 9 yaşlarında; 15 aylık ve beş yaşında ise (kızamık, kabakulak, kızamıkçık) üçlü aşılama zorunlu hale getirilmiştir. Böylelikle aşıların sağladığı bağışıklık derecesi nüfusun %95–98'ine ulaşmıştır[40].

Almanya'da önceleri aşı uygulamaları gönüllü olarak yapılmaktaydı ve 1960'ların ortalarından beri sadece tavsiye şeklinde uygulanmaktaydı. 2017 yılında Alman Federal Mahkemesi ebeveynlerin gönüllü aşılama hususunda anlaşamamaları halinde hangi hukuki kavramların öne çıkması gerektiğini ortaya koyan, oldukça önemli bir karar verdi[41]. Buna göre; bir çocuğun aşılanması, standart veya rutin aşılama olsa bile, çocuk için büyük önem taşıyan bir konudur. Mahkeme çocuğun üstün yararı ilkesini göz önüne alarak, böyle bir aşının uygulanması konusunda ebeveynler arasında anlaşmazlık olması durumunda, çocukta aşıya karşı özel bir risk bulunmuyorsa, karar verme yetkisinin, Robert Koch Enstitüsü Daimi Aşı Komisyonu'nun tavsiyeleri doğrultusunda çocuğun aşılanmasını savunan ebeveyne devredilebileceğini ve bu bağlamda enfeksiyon ve aşılamanın genel risklerinin açıklığa kavuşturulması, değerlendirilmesi için ayrıca uzman görüşü alınmasına gerek olmadığına karar vermiştir. Mahkemenin zorunlu aşıya ilişkin bir kanun olmamasına rağmen, çocuğun üstün yararı ilkesini önceleyerek bu şekilde karar vermesi oldukça önemlidir. Bu kararına ardından, Almanya'da ülkedeki çocuklar arasında kızamık vakalarının artışını gözlemlendikten sonra, kızamık aşısını zorunlu hale getirmek

---

37 Attwell ve Navin (n 5) 1006.

38 Bir çalışma, 2017 yılında ulusal düzeyde 24 aylık aşı kapsamını çocuk felci için % 94, 5 ve kızamık için % 91, 7 olarak hesaplanmıştır. 2016 yılına göre sırasıyla % 1, 2 ve % 4, 4 oranında bir artışın meydana geldiği anlamına gelmektedir**.** C. Sinorelli, A Odone, P Cella ve S Iannazzo, ´Childhood Vaccine Coverage in Italy After the New Law on Mandatory Immunization` (2018) Ann Ig. 30 (Suppl. 1) 1, 8-9. Bu eğri 2018 ve 2019 yıllarında da devam etmiştir. Giovanni Rezza, ´Mandatory Vaccination for Infants and Children: the Italian Experience` (2019) Pathogens and Global Helath 113: 7 291, 293.

39 Rezza (n 36) 293.

40 Vasile Valeriu Lupu, A Ignat, G Stoleriu, AB Ciubara, A Ciubara, V Lupu, M Burlea ve S Stratciuc, ´Vaccination of Children in Romania Between Civic Obligation and Personal Choice` (2017) Revista De Cercetare Interventie Sociala` Volumul 56 123, 126.

41 BGH, Beschluss vom 3. Mai 2017 - XII ZB 157/16 - OLG Jena, AG Erfurt.

için Mayıs 2019'da Parlamento'ya bir yasa tasarısı sunulmuş ve söz konusu tasarı 1 Mart 2020 tarihinde uygulanmak üzere kabul edilmiştir[42]. Mülteci barınakları ve klinikler gibi diğer kamusal alanlarda da aşılama zorunludur ve zorunlu aşılamaya uyulmadığı veya aşılamanın yapıldığına dair belgenin ibraz edilmediği durumunda 2.500 €'ya kadar para cezası verilebileceği kabul edilmektedir[43]. Söz konusu kanun kızamık bağışıklığını %95'e çıkarmayı hedeflemektedir. Kanunun yürürlüğe girişi ile kızamık bağışıklığının artıp artmadığını araştıran oldukça güncel bir araştırmaya göre, halen daha yetişkinlerde ve çocuklarda kızamığa karşı bağışıklık düzeyi %95'in altındadır. Yasanın yaptırımlarının, yetişkinleri kızamık aşısı yaptırmaları konusunda ebeveynlerden daha çok teşvik ettiği gözlemlenmiştir[44].

Çek Cumhuriyeti ise Kamu Sağlığı Yasası ile zorunlu aşı programına dokuz aşıyı dahil etmiştir[45]. Bu düzenleme uyarınca kızamık, kabakulak, kızamıkçık (MMR) aşılarını yaptırmayan çocukların okul öncesi kurumlara kayıt yaptırmaları yasaklanmıştır (m. 50). Söz konusu düzenlemenin yarattığı hak ihlalinin tespiti için Çek Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuş ve fakat başvuru reddedilmiştir[46]. Reddedilen başvuru, bir sonraki bölümde ayrıntılarıyla ele alınacak olan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Vavřička ve diğerleri v. Çek Cumhuriyeti kararına da konu olmuştur.

Bulgaristan, Hırvatistan, Kuzey Makedonya, Letonya, Polonya, Slovakya ve Slovenya gibi diğer bazı Avrupa ülkelerinde de uzun süredir zorunlu aşılama uygulamaları mevcuttur[47]. Kıbrıs, Yunanistan ve Moldova gibi diğer bazı Avrupa ülkelerinde ise aşı uygulamaları öneri düzeyinde kalmıştır ve fakat okula giriş için aşılamayı zorunlu hale getiren yaptırımlar ile aşı uygulamalarının gerçekleştirilmesi zorlanmaktadır [48].

---

[42] Gesetz für den Schutz vor Masern und zur Stärkung der Impfprävention (Masernschutzgesetz) vom 10 Februar 2020, Bundesgesetzblatt Jahrgang 2020 Teil 1 Nr. 6, ausgegeben zu Bonn am 13 Februar 2020. 1 Mart 2020'de anaokuluna veya okula devam eden çocuklar ve kamusal ve sağlık merkezlerinde çalışanlar için, aşıların tamamlandığına dair belge getirme süresi ilk olarak 31 Temmuz 2021'e ertelenmiştir. 10 Aralık 2021 tarihinde ise söz konusu süre Covid 19 salgını sebebiyle ikinci kez 31 Temmuz 2022'ye dek uzatılmıştır. https://www.masernschutz.de/themen/rechtliche-aspekte/, Erişim Tarihi 09. 03. 2022.

[43] Infektionsschutzgesetz vom 20. Juli 2000 (BGBl. I S. 1045), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 10. Dezember 2021 (BGBl. I S. 5162) geändert worden ist, §73. Ayrıntılı bilgi için bkz. : P. M. Lissel, ´Infektionsschutzrecht nach Inkrafttreten des Masernschutzgesetzes` (2020) Zeitschrift für Rheumatologie 5 459, 464.

[44] Michael Neugebauer, Matthias Ebert ve Roger Vogelmann, ´Beurteilung des neuen Masernschutzgesetzes in Deutschland: Ergebnisse einer deutschlandweiten Befragung` (2020) Z. Evid. Fortbild. Qual. Gesundh. wesen (ZEFQ) 158–159 74, 79.

[45] https://www.zakonyprolidi.cz/cs/2000-258, Erişim tarihi 09. 03. 2022.

[46] https://www.usoud.cz/fileadmin/user_upload/ustavni_soud_www/Decisions/pdf/Pl_US_16-14.pdf , Erişim tarihi 09. 03. 2022. Yargıç Kateřina Šimáčková'nın karşı oyu ve gerekçesini açıklarken; dokuz aşı için öngörülen düzenlemenin bazı aşılar için anlamlı kabul edilemeyeceğini, zira tetanos hastalığının bulaşıcı olmadığını, Hepatit B'nin ise kreşlerde bulaşma olasılığının çok düşük olduğunun altını çizerek belirtmiştir. Bkz. : A dissenting opinion of Judge Kateřina Šimáčková on the verdict and reasoning of the judgment, file No. Pl. ÚS 16/14.

[47] Camilleri (n 5) 247.

[48] Sabin Vaccine Institute, Legislative Landscape Review: Legislative Approaches to Immunization Across the European Region 2018, 16.

Dünya'da ve özellikle Avrupa'da bebeklik çağı aşılarına dair düzenlemeler inceledikten sonra, Türkiye'de hem mevzuat hem de uygulama açısından aşıların ele alınış biçimini değerlendirmek anlamlı olacaktır. Özellikle Anayasa Mahkemesi'nin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bebeklik dönemi aşılarına ilişkin verdiği kararları dikkate alınmak suretiyle, bebeklik dönemi aşıların zorunlu tutulmasının hukuken hakların çatışması ve dengelenmesi bağlamında nasıl değerlendirilebileceği hususu tartışmaya açılacaktır.

II. Türkiye'de Bebeklik Dönemi Aşı Uygulamaları

A. Mevzuatta Bebeklik Dönemi Aşılarının Düzenlenme Biçimi

Türkiye'de bebeklik dönemi uygulamalarının hukuken nasıl düzenlendiğini anlayabilmek için normlar hiyerarşisini de dikkate alarak bir değerlendirme yapmak anlamlı olacaktır. Bu sebeple, mevzuattaki bebeklik dönemi aşı uygulamalarına dair yol gösterebilecek düzenlemeler normlar hiyerarşisine uygun olarak analiz edilecektir.

Aşı uygulamalarının zorunlu tutulup tutulamayacağı sorusunun ana eksenini hakların çatışması (kamu sağlığı-özel yaşama saygı hakkı) üzerine kurulu olduğu hatırlandığında, anılan temel hakların anayasada nasıl düzenlendiğinin büyük önem arz ettiği görülecektir. 1982 Anayasası'nın[49] 17. maddesi; tıbbi gereklilikler ve yasada sayılı haller haricinde, kişinin vücut bütünlüğüne müdahale edilemeyeceği ve onayı olmadan tıbbi uygulamalara tabi tutulamayacağını açıkça düzenlemiştir. Anayasa'nın 17. maddesi zorunlu aşı uygulamalarına yapılan itirazların en temel dayanağını oluşturmaktadır. Öte yandan bebeklik çağı aşıları bağlamında Anayasa'nın farklı düzenlemeleri de dikkate alınmalıdır. Anayasa 41. maddesinin üçüncü fıkrasında, çocukların bakım ve korumadan yararlanma, ebeveynleriyle ilişki kurma ve sürdürme hakkının sınırını çocuğun üstün yararı olarak belirlemiştir. Böylelikle, çocuğun yüksek yararı ilkesi anayasal bir prensip olarak da kendine yer bulmuştur. Anayasa m. 56/f. 3'te ise devlete pozitif yükümlülük bir yükümlülük yüklemiştir. Şöyle ki; devlet, her bir bireyin yaşamını, maddi ve manevi sağlık içinde devam ettirmesini mümkün kılmak hususunda yadsınamaz bir sorumluluğa sahiptir. Bu noktada kişinin özel yaşamı nasıl anayasada korunmuşsa, devletin de kamu sağlığını sağlamak konusunda pozitif bir yükümlülüğe sahip olduğu gözlerden kaçmamalıdır.

Zorunlu aşı uygulamaları hususunda, özellikle tıbbi müdahaleye rıza ve çocuk hakları açısından düzenlemeleri bünyesinde barındıran Birleşmiş Milletler Çocuk

[49] RG 09. 11. 1982/17863.

Haklarına Dair Sözleşme[50] (buradan itibaren ÇHS olarak anılacaktır) ve Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi[51] (buradan sonra Oviedo Sözleşmesi olarak anılacaktır) anılmaya değerdir.

ÇHS' nin 3. maddesi çocuğun üstün yararını ana bir ilke olarak belirlemiştir. Bu ilke çerçevesinde taraf devletler, ÇHS'de tanınan haklar çerçevesinde anne ve babanın sorumluluklarına, haklarına ve ödevlerine saygı göstermek (m. 5) ve belki de en önemlisi her çocuğun yaşama hakkına sahip olduğunu ve çocuğun yaşayabilmesi ve gelişebilmesi için mümkün olan en yüksek gayreti gösterecekleri hususunda söz verirler (m. 6).

Oviedo Sözleşmesi ise aşı ve aşıların uygulanması konusunda uluslararası bağlayıcılığa sahip tek metindir. Sözleşmeye taraf devletler, herkesin haysiyetini ve kişiliğini koruma altına alarak, biyolojik ve tıbbi uygulamalarda herkes temel haklarına saygı gösterilmesini sağlamak hususunda taahhütte bulunurlar (Oviedo Sözleşmesi m. 1). Oviedo Sözleşmesi, tıbbi bir müdahalenin ancak bireylerin aydınlatıldıktan sonra verdikleri izin sonrasında gerçekleşeceğini (Oviedo Sözleşmesi m. 5), hukuken tıbbi müdahaleye izin verme yeteneğine sahip olmayan bir küçüğe, yalnızca temsilcisinin izni ile tıbbi uygulamalarda bulunulabileceğini ve küçüğün görüşünün, her somut olayın gerektirdiği ve olanak sağladığı ölçüde dikkate alınacağını açıkça düzenlemiştir (Oviedo Sözleşmesi m. 6). Böylelikle Oviedo Sözleşmesi de ÇHS'nin temellerini attığı çocuğun üstün yararı ve katılım hakkının altını çizmiştir.

Türk Medeni Kanunu'nun[52] (buradan sonra TMK olarak anılacaktır) 24. maddesi ise kişilik hakkı ihlal edilmesinin ancak mağdurun rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması hallerinin varlığı durumunda hukuka aykırı sayılmayacağını düzenlemiştir. Dolayısıyla bireyin rızası olmaksızın yapılan her tıbbi müdahale özünde kişilik haklarına bir saldırı olarak nitelendirilecektir. Bebeklik dönemi aşı uygulamalarına rızanın bebeğin yasal temsilcisi tarafından verileceği hatırlandığında, ana ve babanın bu hakkı nasıl, hangi değerleri dikkate alarak hakkın gereğini yerine getirmesi gerektiği sorusu ortaya çıkar. TMK m. 339/f. 1 de, tıpkı Anayasa, ÇHS ve Oviedo Sözleşmesi gibi "çocuğun yüksek menfaati" ilkesini temel alarak velayet hakkı sahibinin, çocukla ilgili kararlarında çocuğun menfaatini dikkate alması gerektiğini düzenlemiştir. Başka

[50] UN, ´Convention on the Rights of the Child, Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 44/25 of 20 November 1989 entry into force 2 September 1990, in accordance with article 49`, https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/crc.aspx, Erişim Tarihi 09. 03. 2022. Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'yi Türkiye 1990 yılında imzalamış ve 1995 yılında TBMM'de kabul etmek suretiyle taraf olmuştur. RG 27. 01. 1995/22184.

[51] Council of Europe, ´Convention for the protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine (ETS No. 164)`, https://rm.coe.int/168007cf98, Erişim Tarihi 09. 03. 2022. Türkiye 04. 04. 1997 tarihinde Sözleşme'yi imzalamış, TBMM 5013 sayılı Kanun ile 03. 12. 2003 tarihinde Sözleşme'yi onaylamış ve söz konusu onaylama kanun 20. 04. 2004 tarih ve 25439 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

[52] RG 08. 12. 2001/ 24607.

bir ifadeyle, velayet hakkı sahibine sadece hak vermeyip, çocuğun üstün yararını gözetme yükümlülüğü de yükler. Bu bağlamda velayet hakkı sınırsız olmadığı gibi ortadan kaldırılamaz da değildir. Çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düşmesi halinde ise velayet hakkı sahibinin yetersiz kalması durumunda hakim gerekli önlemleri alacaktır (TMK m. 346). Hakimin takdir edeceği koruma önlemlerinden bir tanesi de, çocuğun velayet hakkı sahibinden alarak bir aile yanına veya bir kuruma yerleştirilmesidir (TKM m. 347/f. 1). Öte yandan bütün bu önlemlerden sonuç alınmaz veya bu önlemlerin yetersiz kalacağı önceden anlaşılırsa, hakim velayetin kaldırılmasına da karar verebilir (TMK m. 348).

5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu[53] (buradan itibaren ÇKK olarak anılacaktır) m. 5/f. 1 (d), çocuğun fiziksel ve ruhsal sağlığının korunması için sağlık tedbirlerine başvurulabileceğini düzenlemektedir. Dolayısıyla bebeklik çağı aşı uygulamalarına çocuğun üstün yararı hilafına rıza göstermeyen velayet hakkı sahibi ana ve babanın bu tutumu karşısında ÇKK'nun uygulanması da düşünülebilecektir.

Özel olarak salgın hastalıklardan ve bu hastalıklardan korunma yollarından bahseden tek kanun olan 1930 tarihli 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu[54] (buradan sonra UHK olarak anılacaktır)'un ikinci kısmında bulaşıcı hastalık olarak belirli hastalıkları saymıştır (UHK m. 57). UHK'nın 72. maddesinde söz konusu hastalıkların baş göstermesi halinde hasta olanlara ve hastalığa maruz kalanlara aşı veya serum tatbik edileceği düzenlenmiştir. Zorunlu aşı olarak ise sadece çiçek aşısı belirlenmiştir (UHK m. 88). UHK'nın düzenlemesi lafzi olarak değerlendirildiğinde zorunlu aşı uygulamasının sadece çiçek aşısı için geçerli olabileceğini düşünmek mümkündür ancak böylesi bir yorum lafza bağlı bir yorumdur ve hukuk kurallarını zamanın ruhuna göre uygulanmasının önünde büyük bir engel teşkil eder. UHK gibi 92 yıllık bir kanunun sadece lafzına göre yorumlanıp, zamana göre objektif bir yorum yapılmadan ihtilaflı bir konuda karar verilmesi doğru olmayacaktır.

Hasta Hakları Yönetmeliği[55] m. 24 ise (buradan itibaren HHY olarak anılacaktır), her tıbbi müdahalenin hastanın rızası olmaksızın hukuka aykırı olacağı kuralını tekrar eder ve hastanın küçük veya fiil ehliyetinin sınırlandırılmış olması halinde ise yasal temsilcisinden izin alınacağını belirtir. ÇHS'nin 12. maddesinde düzenlenen katılım hakkına uygun olarak, HHY. m. 24/f. 2'de ise kanuni temsilcinin tıbbi müdahaleye onayının yeterli olduğu durumlarda bile, küçük veya kısıtlının dinleneceği, bilgilendirileceği ve mümkün olduğu ölçüde tıbbi kararlara katılımın sağlanacağı düzenlenmiştir. Kanuni temsilcinin tıbbi müdahaleye rıza vermekten imtina ettiği hallerde ise tıbbi bir gereklilik mevcutsa, velayet ve vesayet altındaki kişiye müdahalede bulunmak ancak mahkeme kararı ile mümkündür (HHY. m. 24/f. 4).

[53] RG 15. 07. 2005/25876.

[54] RG 06. 05. 1930/1489.

[55] RG 01. 08. 1998/23420.

2009/17 sayılı Genel Bağışıklama Programı Genelgesi ise çeşitli çocuklu çağı hastalıklarının bu hastalıklardan kaynaklanan bebek ve çocuk ölümlerinin ve sakatlıkların engellenmesini hedeflenmektedir[56]. Anılan genelge Anayasa Mahkemesi'nin Halime Sare Aysal kararından önce Yargıtay'ın bebeklik dönemi zorunlu aşı uygulamalarına dair verdiği kararlarının hukuki gerekçelerinden birini oluşturmaktaydı.

B. Yargının Bebeklik Dönemi Aşılarına Yönelik Tutumu

1. Yargıtay'ın Bebeklik Dönemi Aşı Uygulamasına İlişkin Tutumu

Yargıtay'ın bebeklik dönemi aşılarının uygulanmasını reddeden anne ve babalara ilişkin verdiği kararları iki döneme ayrılarak incelenebilir. Zira; Yargıtay'ın kararlarının seyri Anayasa Mahkemesi'nin 2015 yılında verdiği Halime Sare Aysal kararı (Başvuru No: 2013/1789)[57] sonrasında değişmektedir. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, Halime Sare Aysal kararı öncesinde verdiği, Genel Bağışıklama Programı Genelgesi'nde yer alan aşıları çocuğuna yaptırmayı reddeden anne ve babalara ilişkin kararlarında, küçüğe yasal temsilcinin izni olmaksızın tıbbi bir müdahale bulunulamayacağı hususunda herhangi bir tereddüt olmadığını; tartışılması gereken hukuki sorunun, velayet hakkı sahiplerinin tıbbi müdahaleye dair gerekli aydınlatmanın yapılmasına rağmen söz konusu tıbbi müdahaleye onay vermemeleri durumunda ne yapılması gerektiği olduğunun altını çizmiştir[58].

Kararlarda hem ÇHS'nin çocukla ilgili her meselede çocuğun üstün yararının dikkate alınacağı düzenlemesinin hem de Türk Medeni Kanunu'nun ÇHS hükümlerine paralel olarak hüküm altına aldığı TMK m. 339/f. 1 ve TMK m. 340/f. 1'in uygulama alanı bulacağı vurgulanmıştır. Anne ve babanın çocuğun üstün yararını dikkate almasının kural olduğundan hareketle bu kurala aykırı bir davranışın uygun görülemeyeceği; çocuğa uygulanacak aşının, ileride gerçekleşebilecek hastalıklardan hem çocuğu birey olarak hem de toplum sağlığının korunması için gerekli, Genişletilmiş Bağışıklık Programı tarafından belirlenen zorunlu aşılardan olduğu açıkken, velayet hakkı sahiplerinin uygulanacak aşı ile ilgili olarak bilgi verilmelerine rağmen, hiç bir haklı gerekçe göstermeksizin söz konusu aşı uygulamasına rıza vermemelerinin çocuğun yararına aykırı olduğunu ve bu tutuma hukuki sonuç bağlanamayacağı vurgulanmıştır[59].

---

[56] Sağlık Bakanlığı, ´Genişletilmiş Bağışıklama Programı Genelgesi (2009)´, https://www.saglik.gov.tr/TR,11137/genisletilmis-bagisiklama-programi-genelgesi-2009.html, Erişim Tarihi 28. 01. 2022.

[57] Anayasa Mahkemesi'nin anılan kararı, bebeklik dönemi aşılarına yönelik yargının tutumunu değiştirmesi ve ülke genelinde aşı reddi ilişkin ebeveyn davranışları üzerinde oldukça etkili olması sebebiyle ayrı bir başlık altında ele alınacaktır.

[58] Yargıtay 2 HD, 26980/6339, 01. 04. 2015, Yargıtay 2 HD, 22611/9162, 04. 05. 2015, Yargıtay 2 HD, 1170/9552, 07. 05. 2015, Yargıtay 2 HD, 637/10057, 13. 05. 2015, Yargıtay 2 HD, 28082/10714, 26. 05. 2015, Yargıtay 2 HD, 9985/11141, 01. 06. 2015, Yargıtay 2 HD, 11141/12106, 09. 06. 2015, (https://kararara.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb , Erişim Tarihi 28. 01. 2022).

[59] Yargıtay 2 HD, 26980/6339, 01. 04. 2015, (https://kararara.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/, Erişim Tarihi 28. 01. 2022).

Anayasa Mahkemesi'nin 11. 11. 2015 tarihinde verdiği Halime Sare Aysal kararından sonra ise Yargıtay uygulamasını değiştirmiş ve Anayasa Mahkemesi'nin kararında kullandığı "kanunilik" kriterini tatbik ederek, çocuğuna aşı yaptırmak istemeyen ebeveynlerin açtıkları davaları kabul etmeye başlamıştır[60].

2. Anayasa Mahkemesi'nin Bebeklik Dönemi Aşı Uygulamalarına İlişkin Tutumu

Anayasa Mahkemesi'nin bebeklik ve çocuklu dönemi aşılarının zorunlu tutulup tutulamayacağına ilişkin kararları incelenirken, 2015 yılında verdiği Halime Sare Aysal kararından (Başvuru No: 2013/1789) hareket edilecektir. Zira, söz konusu karar tarihsel olarak meseleye ilişkin ilk karar olma özelliğine sahiptir. Dolayısıyla Yargıtay'ın Anayasa Mahkemesi'nin anılan kararına uygun karar verinceye kadar geçen süre zarfında verdiği kararlara da temel oluşturmaktadır[61].

Karara konu olay, velayet altında bulunan çocuğa bebeklik dönemi aşılarının uygulanmasına yasal temsilcileri tarafından rıza verilmemesi durumunda, bu konuda mahkemece sağlık tedbiri uygulanmasına karar verilmesi nedeniyle, başvuran çocuğun maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiği iddiasına dairdir.

Anayasa Mahkemesi, önüne gelen meseleyle ilgili hukuku ortaya koyarken sadece 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu, Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunu, 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu, Hasta Hakları Yönetmeliği; 181 sayılı Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararname, Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi, Sağlık Bakanlığının 25/2/2008 tarihli ve 2008/4 sayılı Genişletilmiş Bağışıklama Programı konulu Genelgesi'nden söz etmeyi uygun görmüştür. Buna karşın ÇHS ve TMK'nın konuya dair hükümlerinden söz etme gereği duymamıştır. Anayasa Mahkemesi'nin kararını sadece yukarıda anılan mevzuat temeline oturtmuş ve başvurucunun Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin somut olayda, yasal temsilcinin aşı uygulamasına velayet hakkı kapsamında onay vermemeye yetkili olup olmadığını tartışmadan bu kararı

---

60 Bkz. : Yargıtay 2 HD, 6766/9249, 05. 05. 2016; Yargıtay 2 HD, 24695/361, 12. 01. 2016; Yargıtay 2 HD, 24695/361, 12. 01. 2016 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi. 28. 01. 2022)

61 Benzer kararlar için bkz. : Muhammed Ali Bayram Kararı, Anayasa Mahkemesi 2014/4077, 29. 06. 2016. (RG 26. 10. 2016/29869); Esma Fatma Kızılsu ve Rukiyye Erva Kızılsu Kararı, Anayasa Mahkemesi 2013/7246, 23. 03. 2016 (Söz konusu karar Resmî Gazete'de yayınlanmamıştır), Salih Gökalp Sezer Kararı, Anayasa Mahkemesi 2014/5629, 21. 11. 2017 (Söz konusu karar da Resmî Gazete 'de yayınlanmamıştır).

vermesi, meselenin çocuk hakları açısından ele alınmadığını göstermektedir[62]. Oysa zorunlu aşı uygulamalarına dair hukuki tartışmaların, yukarıda da ifade edildiği gibi, kamu sağlığı, özel yaşama saygı ve çocuk hakları şeklinde üç ayağı bulunmaktadır. Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen hakkın ihlal edildiğine sadece kanunilik ölçütünü kullanarak karar verilmesi, zorunlu aşı uygulamalarına ilişkin tartışmalarının tek cephesini değerlendirerek karar verildiği anlamına gelmektedir.

Buna karşın Anayasa Mahkemesi, 5395 sayılı Kanun'un ilgili hükümlerinin Anayasa'nın 17. maddesi anlamında tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk unsurlarından biri olan kanunilik şartını sağlamadığı kabul etmiştir[63]. Mahkeme, kanunilik şartının karşıladığı iddiasını ise 1593 sayılı Kanun'un 72. maddesinin sadece çiçek aşısını zorunlu aşı olarak sayması, ilgili Bakanlık Genelgesi'nin de zorunlu aşı uygulamasını mümkün kılmaktan uzak bir hukuki araç olması, aynı şekilde Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin de Anayasa'da düzenlenen temel bir hakkı sınırlandıramayacağı gerekçeleriyle, oyçokluğuyla reddetmiştir.

Karşı oy yazısında ise kararın içinde ilk kez velayet hakkı ve kapsamından söz edilmiş ve Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin verdiği bir karara[64] yollama yaparak "*...Ana babanın çocuklarla ilgili karar alırken onların menfaatlerini de üstün yararlarını göz önünde tutmaları asıldır.* ***Çocuğun yasal temsilcileri uygulanacak aşı ile ilgili aydınlatıldıkları halde, hiçbir haklı gerekçe ileri sürmeksizin buna rıza göstermiyorlarsa, çocuğun menfaatine aykırı bu tavra hukuki sonuç bağlanamaz, çocuğun üstün yararına açıkça aykırı ise rıza aranmaz****...*" (vurgu karşı oy kararını kaleme yargıç Serdar Özgüldür'e aittir) gerçeğini dikkate almıştır. Ayrıca kanunilik ölçütü açısından ise; 5395 sayılı Kanun'un 3/1-a ve 5/1-d maddeleri göz önüne alındığında çocuğun vücut bütünlüğüne yapılan müdahalenin "kanunilik" şartını bu yönü itibariyle de sağladığını ifade etmiştir. Öte yandan gene karar boyunca ilk kez kamu sağlığını koruma kavramında da söz edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin kanunilik ölçütünün yerine getirilip getirilmediğini sorgulaması, temel bir hakkının sınırlandırılması hususunda elbette vazgeçilmezdir; ancak Mahkeme'nin kanunilik ölçütünü ararken yeknesak kararlar vermediği de görülmektedir. Şöyle ki; zorunlu topuk kanı uygulanması açısından yapılan başvuruları[65] reddeden Anayasa Mahkemesi, 3359 sayılı Kanun'un 3. maddesinin birinci fıkrasının (l) bendinde sağlık hizmetleriyle ilgili temel esaslar arasında engelli

[62] Anayasa Mahkemesi'nin kararını oluştururken değerlendirmesine velayet hakkının kapsamını da dahil etmesi yönünde bir inceleme için bkz.: Cansu Kaya Kızılırmak, 'Velayet Hakkının Kapsamı Çerçevesinde Bebeklik Dönemi Aşı Uygulamalarında Rızanın Esirgenmesi', (2020) Prof. Dr. Feyzi Necmettin Feyzioğlu'nun Anısına Armağan, İstanbul, 454.

[63] Halime Sare Aysal Kararı (Başvuru No: 2013/1789), paragraf 69.

[64] Karşı oy yazısında söz konusu karara açık bir referans yapılmamıştır. Bu sebeple bu çalışmada kararın açık künyesi yazılamamıştır.

[65] Muhammed Ali Bayram Kararı, Anayasa Mahkemesi 2014/4077, 29. 06. 2016. (RG 26. 10. 2016/29869).

çocuk doğumlarının önlenmesi için gebelik öncesi ve gebelik döneminde tıbbi ve eğitsel çalışmalar yapılması ve yeni doğan bebeklerin metabolizma hastalıkları için gerekli olan testlerden geçirilerek risk taşıyanların belirlenmesine ilişkin tedbirlerin alınmasına yer verildiğinden hareketle, belirtilen bu düzenlemelerin birlikte değerlendirilmesi neticesinde, bir kısım metabolizma hastalıklarının teşhisi hususunda yenidoğanlar üzerinde bazı tıbbi testlerin yapılması ve gerekli tedbirlerin alınması hususunda ilgili idareye yetki verildiği anlaşıldığını ve zorunlu topuk kanı uygulamasına ilişkin esas ve usulleri ayrıntılı olarak düzenleyen 2006/130 sayılı ve Neonatal Tarama Programı konulu Genelge ile 2014/7 sayılı ve Yeni Doğan Tarama Programı konulu Genelge'nin de belirtilen hükümler kapsamında tanzim edildiğini[66], bu bağlamda, bir kısım metabolizma hastalıklarının teşhisi amacıyla yenidoğanlar üzerinde bazı tıbbi testlerin yapılması ve gerekli tedbirlerin alınması hususunda belirtilen düzenlemeler temelinde yürütülen başvuruya konu müdahalenin kanunilik şartını sağladığını kabul etmiştir[67]. Üstelik zorunlu topuk kanı uygulamasına dair ihlal bulmadığı kararının içerisinde, zorunlu aşı uygulamasına dair Halime Sare Aysal kararındaki gerekçelerle ihlal tespitinde bulunmuştur. Böylelikle yüksek Mahkeme yenidoğanlardan topuk kanı alınması hususunda kanunilik ilkesinin ihlal edilmediğini kabul ederken, zorunlu aşı uygulamalarında UHK'nın ilgili hükümlerini zamana göre yorumlayıp kanunilik şartının gerçekleştiğini kabul etmemiştir. Halime Sare Aysal kararında açıkça "*Bu düzenlemeler, bu sınırlamalar ancak ve ancak kanunla yapılabilir. KHK'larla bu sınırlamalar yapılamaz."* ifadesini[68] kullanan Anayasa Mahkemesi, topuk kanı uygulamaları için kanunilik şartını karşılandığının kanıtı olarak gösterdiği 3359 sayılı Kanun'un 3. maddesinin birinci fıkrasının (l) bendinin 572 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 24. maddesi ile değiştirildiğini gözden kaçırmış gibi gözükmektedir.

Anayasa Mahkemesi yargıçlarından sayın Engin Yıldırım ise oldukça güncel bir çalışmasında, zorunlu aşı uygulamasına ilişkin Mahkemeyi rahatsız eden hususun ilgili yasanın düşük kalitesi olduğunu belirtmiş ve Mahkeme nasıl zorunlu topuktan iğne uygulamasına dair kararında yasanın getirdiği tıbbi müdahalede ihlal bulmadıysa, zorunlu aşı davalarında da benzer bir sonuca varabileceğini ve fakat nitelik itibariyle yetersiz bir yasanın varlığında ihlal kararı vermekten başka seçeneği olmadığını ifade etmiştir[69]. Anılan kararın dolaylı çağrı kararı[70] olarak nitelendirilmesi gerektiğini, böylelikle de yasama organına dolaylı bir çağrıda bulunduğunun, Mahkeme tarafından tespit edilen eksiklikleri giderecek bir yasa çıkarmaya çağırdığının da altını çizmiştir[71].

---

66 Muhammed Ali Bayram Kararı (Başvuru No: 2014/4077), paragraf 90.

67 Muhammed Ali Bayram Kararı (Başvuru No: 2014/4077), paragraf 91.

68 Halime Sare Aysal Kararı (Başvuru No: 2013/1789), paragraf 72.

69 Engin Yıldırım, ´Compulsory Vaccination and the Turkish Constitutional Court` (2020) European Journal of Health Law 27 1, 18.

70 Ece Göztepe, ´Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Anayasa Mahkemesi'nin Doğrudan ve Dolaylı "Çağrı Kararları" Üzerine Bir İnceleme` (2021) Anayasa Yargısı Cilt 38 S 1 43, 71.

71 Yıldırım (n 69) 11.

Anayasa Mahkemesi'nin zorunlu aşı uygulamasının en önemli ayaklarından birisi olan kamu sağlığının korunmasını ise vereceği karara göre kimi zaman dikkate alması kimi zaman dikkate almaması hukuk güvenliği açısından endişe vericidir. Öte yandan kanunilik ilkesinin biçimsel olarak ele alındığı[72], çok temel hukuk ilkelerden bazılarının göz ardı edildiği görülmektedir. Çocuğun üstün yararı, çocuğun sağlıklı yaşam hakkı ve velayet hakkı ilişkisi, devletin toplum sağlığını sağlama ve koruma konusunda pozitif yükümlülüklere sahip olması bu temel ilkelere örnek olarak gösterilebilir. Buna karşın Anayasa Mahkemesi bebeklik dönemi aşılarına ilişkin devletin pozitif yükümlülüğü bağlamında da çelişkili kararlar vermiştir. Örneğin, Leyla ve Salih Doğan Kararında defalarca devletin bebeklik dönemi aşıların zorunlu olarak yapılmasında pozitif yükümlülüğe sahip olduğunu tekrar etmiştir[73]. Halime Sare Aysal kararında ise ne devletin pozitif yükümlülüklerinden ne de aşıların toplum bağışıklığını kazandırmada üstlendikleri rollerden ne de çocuk hakları ve velayet ilişkisinden söz etmiştir. Yıldırım, Anayasa Mahkemesi'nin bu aşamada çocuğun yüksek yararı ilkesini incelemeye gerek görmediğini, zira zorunlu aşılamaya dair kanunilik şartını yerine getirmekten uzak olduğunu iddia etmiş ve Mahkeme'nin soruşturmasını sürdürmüş olsaydı, Çocuk Hakları Komitesi'nin 14 No'lu Genel Yorumu[74] ile uyumlu olarak çocuğun yüksek yararı ilkesi üzerinde dikkate alabileceğini, çocuğun üstün yararını sadece ulusal çocuk koruma mevzuatı ile bağlantılı olarak ele alan Halime Sare Aysal kararına tek muhalefet oyu veren yargıcının ise ne ÇHS'den ne de ÇHK'nin 14 No'lu Genel Yorumu'ndan bahsetmediğini de vurgulamıştır[75].

Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda anılan kararlarına göz atıldığında, vereceği karara uygun gerekçe ve hukuki tartışma yapmayı tercih ettiği görülmektedir. Karşılaştırmalı hukuk incelendiğinde de zorunlu aşı uygulamalarının hep çocuk hakları, kamu sağlığı ve özel yaşama saygı bağlamında değerlendirildiği görülecektir. Anayasa Mahkemesi'nin kanunilik ölçütünü biçimsel olarak ele almaya devam etmesi durumunda ise kanun metinlerinin uygulanmasında, çeşitli yorum yöntemlerinin kullanılmasının bir gereklilik olduğu unutulmamalıdır. Bu itibarla,1930 tarihli bir kanunu sadece lafza göre yorumlamak, düşük kalitede bir yasa olarak nitelendirmek, sadece lafzına göre anlamaya ve uygulamaya çalışmak ne zamanın ruhuna ne de hukuk kurallarının uygulanmasına ilişkin temel ilkelere uyar. Oysa ilgili hukuk kurallarının zamana göre yorumlanması yoluyla, UHK'nın çiçek aşısı ile sınırlı düzenlemesi hem kamu sağlığını koruyacak hem çocuk haklarını dikkate alacak şekilde uygulanabilir. Böylelikle de kanunilik ölçütünün biçimsel bir şekilde değerlendirilmesinin önüne

[72] Bertil Emrah Oder, ´Bireysel Başvuruda Kanunilik Ölçütü: Tutarlılık ve Stratejik Kullanım Sorunları`, Güncel Hukuk, Ekim 2016, S. 10, 15.

[73] Leyla Doğan ve Salih Doğan Kararı, 2015/4662, 10. 10. 2018. (RG 04. 12. 2018/30615), Paragraf 99-102.

[74] CRC/C/GC/14.

[75] Yıldırım (n 69) 13.

geçilmiş olur[76]. Öte yandan "kanunilik" tartışmasına son verecek en etkin çözüm, kanun koyucunun bebeklik dönemi aşı uygulamalarına dair yeni, açık bir yasal düzenleme yapmasıdır.

3. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Zorunlu Aşı Uygulamaları

Zorunlu aşı uygulamaları beraberinde birden fazla hak grubunun çatışmasını getirir. Şöyle ki; bebeklik dönemindeki zorunlu aşı uygulamaları çocuk açısından özel yaşama saygı hakkı, sağlıklı yaşam hakkı, kendisini etkileyen bir kararda en yüksek menfaatinin korunması ve bu karara katılma hakkının hep birlikte değerlendirilmesini gerekli kılar. Öte yandan, aşı uygulamalarının zorunlu tutulması devletlerin de kamu sağlığını koruma hususundaki pozitif yükümlülüklere sahip oldukları gerçeğini su yüzüne çıkarır. Başka bir ifadeyle, bebeklik dönemi aşılarının zorunlu olmasının üç köşeli bir çerçevede değerlendirmek gerekir: özel yaşama saygı, kamu sağlığı ve çocuk hakları. Hakların dengelenmesi dikkate alındığında, elbette her devlet bu hususta yapacağı düzenlemeler konusunda takdir yetkisine sahiptir. Ancak yapılan bu düzenlemelerin temel insan hakları ilkeleri bağlamında kabul edilebilir olup olmadıkları tartışmaya açıktır. Çalışmanın bu kısmında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (buradan sonra AİHM olarak anılacaktır) taraf devletlerin zorunlu aşı uygulamalarına ilişkin yaptığı değerlendirmeler tartışmaya açılacak ve özellikle bebeklik dönemi zorunlu aşı uygulamalarına ilişkin olarak verdiği oldukça güncel Vavřička ve diğerleri v. Çek Cumhuriyeti Kararı [77] üzerinde durulacaktır.

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun[78] 1998 yılında Boffa ve diğerler v. San Marino başvurusunda verdiği karara konu olan olayda, ilk başvurucu, çocuğuna hepatit B de dahil olmak üzere birçok hastalığa karşı aşı yapılmasının yaşam hakkı (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 2); özgürlük ve güvenlik hakkı (AİHS m. 5), özel ve aile hayatına saygı hakkı (AİHS m. 8), düşünce, din ve vicdan özgürlüğü hakkı (AİHS m. 9) ihlali iddiasında bulunmuş, diğer başvurucular da aynı gerekçe ile benzer talepleri ileri sürmüşlerdir. Komisyon başvurucuların yaşam hakkında ilişkin taleplerini; zorunlu aşı uygulamalarının yaşam hakkı bağlamında başlı başına yasaklanan bir müdahale olmadığını hatırlatarak, ilgili olay bağlamında aşıların çocukların yaşamlarını sürdürebilmeleri için ciddi bir tıbbi risk oluşturacağına dair herhangi bir kanıt bulunmaması sebebiyle reddetmiştir[79]. Özel ve aile hayatına saygı

[76] Benzer görüşler için bkz. : Kaya Kızılırmak (n 62) 457; Aslı Makaracı Başak ve Seda Öktem Çevik, ´Bebeklik Dönemi Zorunlu Aşı Uygulamaları`, in Aslı Makaracı Başak, Seda Öktem Çevik, Gülen Sinem Tek (eds), Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları İle Uyumlaştırılması, (Seçkin Yayıncılık, 2021), 373-374.

[77] Vavřička and others v. the Czech Republic App no 47621/13 and 5 others (ECHR 08. 04. 2021).

[78] Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 11 Numaralı Protokol'ün 1 Kasım 1998 tarihinde yürürlüğe girmesinden sonra, Bakanlar Komitesi'nin ihlal kararı verme yetkisi sona erdirilmiş ve Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ile eski Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kaldırılarak, yerine tam zamanlı çalışacak yeni bir Mahkeme kurulmuştur. Komisyon'un kaldırılmasıyla, bireysel ve devletlerarası başvurular doğrudan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne iletilmektedir.

[79] Carlo Boffa and 13 others v San Marino App No 26536/95 (ECHR, 15. 01. 1998), § 33.

hakkına ilişkin olarak ise zorunlu olarak tıbbi bir tedaviye maruz bırakılmanın veya aşı uygulamasına zorlanmanın ilk aşamada, anılan hakkın ihlali anlamına geldiğini ifade etmişse de, taraf devletlerin zorunlu aşı uygulaması hususunda yaptığı düzenlemelerin gerekli olup olmadığının belirlenmesinde, kamu yararı, başkalarının yaşam hakkını risk altına almama hedeflerinin açık olması sebebiyle, söz konusu düzenlemelerin taraf devletlerin takdir yetkisi çerçevesinde değerlendirilebileceğine ve izlenen amaçla uygulamanın orantılı olduğuna hükmetmiştir[80].

Her ne kadar bebeklik dönemi zorunlu aşı uygulamalarına ilişkin olmasa da Solomakhin v. Ukrayna[81] kararı da zorunlu aşılarla ilgili Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin verdiği oldukça önemli bir karar olması sebebiyle değerlendirilmelidir. Davaya konu olan olayda başvurucu, yapılan antijen testlerinin difteri aşısına ilişkin negatif sonuç vermesine rağmen, zorunlu difteri aşısının birden fazla kronik hastalığa yakalanmasına yol açtığını iddia etmiş ve zorunlu aşı uygulamasının özel yaşamına müdahale anlamına geldiğini ileri sürmüştür[82]. AİHM bu kararında, kişinin vücut bütünlüğünün özel yaşamının en mahrem noktasına tekabül ettiğini ve küçük bir öneme sahip olsa bile zorunlu tıbbi müdahalenin özel yaşama saygı hakkına müdahale anlamına geleceğini vurgulamıştır[83]. Mahkeme, kararında ayrıca her ne kadar söz konusu müdahalenin kanun ile düzenlenmiş ve kamu sağlığının korunması meşru amacına sahip olmasına rağmen, demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığının incelenmesinin önemli olduğunun altını çizmiştir[84]. Ancak son kertede Mahkeme, başvurucunun fiziksel bütünlüğüne yapılan söz konusu müdahalenin kamu sağlığını korumanın bir gereği olarak, bölgedeki bulaşıcı hastalıkları kontrol etmek amacıyla yapıldığının açık olduğunu ve yerel mahkemenin verilerine göre, sağlık kuruluşunda antijen testleri ile başvurucunun difteri aşısına karşı risk taşıyıp taşımadığının kontrol edildiğini; dolayısıyla başvurucunun zarar görmemesi için gerekli önlemlerin alındığı ve başvuranın da iddialarını kanıtlayacak nitelikte deliller ileri sürmediğini ifade ederek, maruz kalınan zarar ile zorunlu aşı uygulaması arasında uygun illiyet bağının kurulamadığını vurgulayarak, AİHS m. 8'e dair bir ihlalin olmadığına hükmetmiştir[85].

AİHM'nin geçtiğimiz yıl verdiği Vavřička ve diğerleri v. Çek Cumhuriyeti[86] kararı ise bebeklik dönemi zorunlu aşı uygulamalarının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 1 No'lu Protokol'ün[87] 2. maddesinde düzenlenen eğitim hakkını özel olarak

[80] Carlo Boffa and 13 others v San Marino App No 26536/95 (ECHR, 15. 01. 1998), § 34-35.

[81] Solomakhin v Ukraine App No 24429/02 (ECHR, 15. 03. 2012).

[82] Solomakhin v Ukraine App No 24429/02 (ECHR, 15. 03. 2012), § 28.

[83] Solomakhin v Ukraine App No 24429/02 (ECHR, 15. 03. 2012), § 33.

[84] Solomakhin v Ukraine App No 24429/02 (ECHR, 15. 03. 2012), § 35.

[85] Solomakhin v Ukraine App No 24429/02 (ECHR, 15. 03. 2012), § 36-39.

[86] Vavřička and others v. the Czech Republic App no 47621/13 and 5 others (ECHR 08. 04. 2021).

[87] 1 Numaralı Protokol, 20 Mart 1952 tarihinde Paris'te imzalanmış ve 6. madde uygun olarak 18 Mayıs 1954 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye Ek Protokol'ü 20 Mart 1952 tarihinde imzalamış ve 10 Mart 1954 tarihinde onaylamıştır. 6366 Sayılı Onay Kanunu 19 Mart 1954 gün ve 8662 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanmıştır.

değil, özel yaşama saygı hakkı içerisinde[88] inceleyen oldukça önemli bir karardır. Yukarıda da ifade edildiği üzere, dünyanın birçok ülkesinde bebeklik dönemi aşıları zorunlu kılınmış ve zorunluluğa uyulmaması da çeşitli yaptırımlara bağlanmıştır. Anılan yaptırımların başında, zorunlu aşı uygulamalarından kaçınan çocukların çeşitli seviyelerdeki eğitim kurumlarına (anaokulu, kreş, ilkokul gibi) kayıtlarının yapılmaması gelmektedir. Çek Cumhuriyeti de okul öncesi eğitim kurumlarına sadece zorunlu aşıları yapılmış veya başka yollarla bağışıklık kazandıkları veya sağlık gerekçeleriyle aşı yaptıramayacakları belgelenmiş çocukların kayıt yaptırabileceğine ilişkin düzenlemeler yapan ülkelerden biridir. Vavřička ve diğerleri v. Çek Cumhuriyeti kararında Mahkeme, fiziksel bütünlüğün özel yaşamın önemli bir parçası olduğuna dair içtihadını[89] tekrar etmiş, ihtilafa konu olan müdahalenin iç hukukta bir temele sahip olması gerektiğini ve bu temeli yeterince erişilebilir, uygulandığı kişilerin davranışlarının düzenlemekte gerekli hassasiyetleri bünyesinde barındırması gerektiğini vurgulamıştır[90]. Mahkeme, Sözleşme'nin 8 ila 11. maddelerinde yer alan "hukuka uygun" ve "kanunla öngörülmüş" ifadelerinde geçtiği şekliyle "hukuk" teriminin, "şekli" anlamıyla değil "maddi" anlamında anlaşılması gerektiğini yinelemiştir. Bu nedenle, diğerlerinin yanı sıra, birincil mevzuatla sınırlı olmayan, aynı zamanda hukuki işlemleri ve normlar hiyerarşisinde daha alt basamakta yer alan araçları da içeren "yazılı hukuku" içerdiğinin altını çizmiştir[91]. Yapılan müdahalenin meşru kanuni bir amacı olduğunu tespit ettikten sonra[92] Mahkeme, başvuru sahiplerinin haklarına müdahalenin demokratik bir toplumun gereği olup olmadığını[93]; devletin takdir marjı[94], zorunlu toplumsal gereksinim[95] ve ilgili yeterli gerekçeler[96] ve uygulamanın meşru amaçla orantılı olup olmadığı[97] bağlamlarında değerlendirmiştir. Anılan incelemeler sonucunda AİHM, Çek Cumhuriyeti'nin zorunlu aşı uygulaması hususunda takdir yetkisini aşmadığına, geçerliliği sorgulanan düzenlemelerin demokratik toplum yapısıyla uyumlu olduğuna ve dolayısıyla AİHS m. 8 ihlalinin mevcut olmadığına karar vermiştir[98].

---

88 Mahkemenin eğitim hakkını ayrıca değil ve fakat m. 8 bağlamında incelemesine itiraz eden, Yargıç Lemmens'in haklı muhalefet şerhi için bkz. : Vavřička and others v. the Czech Republic App no 47621/13 and 5 others (ECHR 08. 04. 2021), Partly Concurring and Partly Dissenting Opinion of Judge Lemmens, § 3.
Öte yandan Yargıç Wojtyczek, şekli gerçeklik ilkesine bağlı kalınması gerektiğini ve davalı taraf devletin davada başvuranlar tarafınca şikâyet edilen müdahaleyi haklı kılacak gerekçeler ortaya koyamadığını iddia ederek, çoğunluğun görüşüne katılmamıştır. Vavřička and others v. the Czech Republic App no 47621/13 and 5 others (ECHR 08. 04. 2021), Dissenting Opinion of Judge Wojtyczek, § 18.

89 Vavřička and others v. the Czech Republic App no 47621/13 and 5 others (ECHR 08. 04. 2021), § 261.

90 Vavřička and others v. the Czech Republic App no 47621/13 and 5 others (ECHR 08. 04. 2021), § 266.

91 Vavřička and others v. the Czech Republic App no 47621/13 and 5 others (ECHR 08. 04. 2021), § 269.

92 Vavřička and others v. the Czech Republic App no 47621/13 and 5 others (ECHR 08. 04. 2021), § 272.

93 Vavřička and others v. the Czech Republic App No 47621/13 and 5 others (ECHR, 08. 04. 2021), § 273-275.

94 Vavřička and others v. the Czech Republic App No 47621/13 and 5 others (ECHR, 08. 04. 2021), § 276

95 Vavřička and others v. the Czech Republic App No 47621/13 and 5 others (ECHR, 08. 04. 2021), § 281.

96 Vavřička and others v. the Czech Republic App No 47621/13 and 5 others (ECHR, 08. 04. 2021), § 285.

97 Vavřička and others v. the Czech Republic App No 47621/13 and 5 others (ECHR, 08. 04. 2021), § 290.

98 Vavřička and others v. the Czech Republic App No 47621/13 and 5 others (ECHR, 08. 04. 2021), § 310, 311.

Mahkeme, çocukların okul öncesi eğitime kabul edilmemesinin cezalandırıcı olmaktan ziyade koruyucu olduğunu belirtmiş[99] ve "bu küçük çocukların biçimlendirici pedagojik çevrede kişiliklerini geliştirmeleri ile önemli sosyal ve öğrenme becerilerini edinmeye başlamaları için önemli bir fırsatın kaybedilmesinin" "kendi ebeveynlerinin yaptığı seçimin doğrudan bir sonucu olduğu" sonucuna varmıştır[100]. Başvuruculaların sadece okul öncesi eğitimlerinin kısıtlandığı ancak ilkokula kaydolma imkanından mahrum olmadıkları göz önüne alındığında, Mahkeme, incelenen tedbirlerin ölçülü olduğuna[101] ve 8. madde kapsamında bir ihlalin meydana gelmediğine hükmetmiştir[102].

Vavřička ve diğerleri v. Çek Cumhuriyeti kararında Mahkeme, çocuğun bireysel menfaati ile kamu sağlığının korunması şeklindeki toplumsal menfaatlerin çatıştığı durumda, devletlerin takdir marjını kullanırken, kamusal yarara öncelik vermeyi ve diğer kişilerin sağlığının tehlikeye atılmamasını zorunlu kılabileceğini bir kez daha ortaya koymuştur. Ayrıca anılan karar, hali hazırda varlığını devam ettiren Covid 19 salgınına referansla, diğer Avrupa ülkelerinin zorunlu aşılamaya dair geliştirdikleri hukuki mekanizmaları ortaya koyması, hakların sınırlanması bağlamında kanunilik ilkesini şekli değil maddi anlamda analiz etmesi bağlamında da oldukça önemlidir. Ancak meseleyi sadece özel yaşamın korunması ile kamu sağlığı arasındaki çatışma olarak görmesi büyük bir eksikliktir. Şöyle ki; aşı olup olmama konusunda kendi iradesini açıklayamayacak durumda olmayan çocuklar adına karar verme hakkı velayet hakkı sahibi olan kişilere aittir. Dolayısıyla kamu sağlığı ile çocuğun üstün yararının korunması arasındaki ilişki gözetilmeden AİHM'nin kararını vermesi vurgulanması gereken bir eksikliktir. Kararda anılması gereken diğer bir nokta ise velayet hakkı sahibi anne ve babanın zorunlu aşı uygulamasını ihlal eden kararı sebebiyle okul öncesi eğitim kurumlarına kayıt olmasının engellenmesinin bu çocuk açısından cezalandırıcı bir önlem ve fakat aşıya ulaşımı olmaması sebebiyle aşı olmamış çocuk açısından ise koruyucu önlem olması durumunu açıklayamamasıdır[103]. Oysa bu noktada, ebeveynin kararı sebebiyle çocuğun neden cezalandırıldığı ve velayet hakkının çocuk yararına nasıl kullanılması gerektiğinin kapsamlı bir şekilde açıklanmalıydı. Bir sonraki bölümde velayet hakkı bu kapsam dahilinde ele alınacaktır.

---

99 Vavřička and others v. the Czech Republic App No 47621/13 and 5 others (ECHR, 08. 04. 2021), § 294.

100 Vavřička and others v. the Czech Republic App No 47621/13 and 5 others (ECHR, 08. 04. 2021), § 306.

101 Vavřička and others v. the Czech Republic App No 47621/13 and 5 others (ECHR, 08. 04. 2021), § 309.

102 Vavřička and others v. the Czech Republic App No 47621/13 and 5 others (ECHR, 08. 04. 2021), § 311.

103 Marthe Goudsmit, ´Mandatory vaccination and the infringement of children's article 8 rights for their parents' non-compliance` (2021) Journal of Social Welfare and Family Law 43:3 335, 337; David Archard, Joe Brierley ve Emma Cave, ´Compulsory Childhood Vaccination: Human Rights, Solidarity, And Best Interests` (2021) Medical Law Review, Vol. 00, No. 0 1, 9.

III. Bebeklik Dönemi Aşı Uygulamalarının Velayet Hakkı Kapsamında Değerlendirilmesi

A. Genel Olarak

Ne Anayasa Mahkemesi Halime Sare Aysal kararında ne de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Vavřička ve diğerleri v. Çek Cumhuriyeti kararında çocukların kendi gelecekleri hakkında karar verme fırsatına dahi sahip olmaksızın, ana babalarının çocuklar adına kararlar aldığı ve çocukların bu karara katlandığı hususu üzerinde durulmuştur. Oysa bebeklik dönemi aşı uygulamaları rıza verilmemesi, çocukların vücut bütünlüğünü ve özel hayatını ilgilendiren, ÇHS'nin temel ilkelerinden olan "çocuğun üstün yararı" ve "çocuğun katılım hakkı" ile doğrudan ilgilidir[104]. Dolayısıyla; çocukların kendi kaderlerini belirlemeye katılma hakkı ile ebeveynlerin çocukları adına karar verme hakkı, devletin kamu sağlığını korumak ve çocuğu üstün yararını yerine getirme konusundaki görevleri çapraz bir biçimde değerlendirilmelidir.

Daha açık bir ifadeyle, bebeklik dönemi aşı uygulamalarına rıza vermeyen velayet hakkı sahibi ebeveyn ve fakat aşı olmamanın sonuçlarına katlanan ise çocuktur. Söz konusu mahkeme kararlarında velayet hakkından ve bu bağlamda çocuğun üstün yararı, katılım hakkından hiç söz edilmemiş olması çok büyük bir eksikliktir. Zira bu durum bebeklik dönemi aşı uygulamalarına rıza verilmemesi hususunun tek yönlü ve eksik bir değerlendirme yapılması anlamına gelmektedir. Örneğin, Covid 19 aşılarına ilişkin aşı tereddüdü yaşayan ve aşı olmayı reddeden yetişkin bir birey bu kararının sonucuna kendisi katlanacaktır. Zira aşı olmama kararını bilerek, isteyerek ve gönüllü olarak verir. Başka bir ifadeyle kendi kaderini kendisi tayin eder. Ancak bir bebek veya çocuk bu hususta bir seçim yapamaz, iradesini açıklayamaz[105].

Bu bağlamda bebeklik dönemi aşı uygulamalarını sadece kamu sağlığı açısından değil, aşı uygulamasının yapılacağı bebek yönünden de değerlendirmek gerekir. Anılan değerlendirmenin tutarlı olması ise velayet hakkına yönelik genel bir analiz ile sağlanamaz. Yasal temsilcinin tıbbi müdahaleye rıza verip vermeme hususunda sahip olduğu hakkın kapsamı, velayet hakkına atfedilen anlam ve derinlik çerçevesinde incelenmelidir. Yasal temsilcinin tıbbi müdahaleye dair geçerli bir rızası olmadığının tespiti halinde ise aşı uygulamalarının kanunilik ilkesine uygun olup olmadığı ele

---

[104] Mustafa Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)* (Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 20. Bası, Filiz Kitabevi, 2021) 232; Gülay Aslan Öncü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı* (İstanbul, 2011) 89, Kaya Kızılırmak (n 62) 469.

[105] Kamu Denetçiliği Kurumu 31. 12. 2015 tarihinde verdiği bir tavsiye kararı da bu hususa ilişkindir. Karar için bkz. : https://cocuk.ombudsman.gov.tr/anasayfa/cocuk-kararlar/15-yasini-dolduran-cocugun-tek-basina-saglik-hizmeti-alma-hakki.pdf , Erişim Tarihi: 16 02. 2022. Kararda velayet hakkının getirdiği yükümlülüklerden biri olan tıbbi müdahaleye rızanın ebeveynler tarafından verilmesinin mutlak bir şart olmadığı, ortaya koyulmuştur. Dolayısıyla velayet altındaki küçüklerin tıbbi müdahaleye ilişkin olumlu veya olumsuz iradelerini açıklama imkanının, anlama ve isteme yeteneği ile paralel bir şekilde ele alınabileceği, göreceli olduğunun altı çizilmiştir. Elbette, bebeğin aşı hususunda iradesini açıklaması kendisinden beklenemez. Ancak Kamu Denetçiliği Kurumu'nun kararı velayet hakkının kapsamı, irade açıklamasının kimler tarafından yapılabileceği hususunda zihin açıcıdır.

alınacaktır[106]. Başka bir ifadeyle; öncelikli olan tıbbi müdahaleye verilen rızanın geçerli bir rıza olup olmadığıdır.

B. Velayet Hakkının Anlamı, Hukuki Niteliği ve Kapsamı

Her tıbbi müdahale özünde kişilik haklarına dahil olan değerlerden vücut bütünlüğünü ihlal etmesi sebebiyle hukuka aykırıdır. Hukuka aykırılığı ortadan kaldıracak en önemli sebeplerden bir tanesi de tıbbi müdahalenin uygulanacağı kişinin rızasıdır[107]. Tıbbi müdahale ayırt etme gücüne sahip olmayan bir küçüğe uygulanacağı zaman ise küçüğün söz konusu müdahaleye rızasını açıklaması mümkün olmayacağı için, tıbbi müdahaleye rıza velayet hakkına sahip ebeveynlere aittir. Ancak unutulmamalıdır ki, HHY. m. 24/f. 2'de küçüğün ve kısıtlının anlayabilecekleri oranda tıbbi müdahale hususunda görüş bildirme, katılma hakları olduğunun altı çizilmiştir.

Velayet kavramı hususunda doktrinde tam bir uzlaşma olmamakla birlikte velayet; ana babaya çocuğun kişi ve malvarlığı değerlerinin korunması ile onun temsili için yüklenen görevler ve bunların çocuğun üstün yararı için gerçekleştirilmesine imkan veren yetkiler bütünü olarak ifade edilebilir[108].

Velayet kavramının anlamını tespit etmek kadar, amacını belirlemek de oldukça önemlidir. Yukarıda anılan Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının da bu bağlamda en büyük eksiği, bebeklik dönemi aşı uygulamalarına ilişkin olarak velayet hakkının niteliğini dikkate almamalarıdır. Oysa velayet hakkı özü itibariyle çocuğun ergin oluncaya kadar geçecek süre zarfında, desteklenmesi, bağımsız bir kişilik kazanmasını sağlama hedefi doğrultusunda yetiştirilmesini amaçlar.[109]

Hukuki niteliği itibariyle velayet hakkı bir mutlak hak olarak değerlendirilir. Ancak bu değerlendirme teknik anlamda mutlak hakların yapısı ile örtüşmez, örtüşmemesi de gerekir. Zira; velayet hakkı sahibinin yararına değil, hakkın süjesi olan çocuk[110] yararına bir haktır[111]. Velayet hakkında, hak veçhesi silik ve fakat çocuğun hak ve menfaatlerini koruma ve temin edilmesine yönelik görev ve sorumluluk veçhesi baskındır. Bu bağlamda velayet hakkının, ana ve babanın menfaatini önceleme gibi bir hedefi yoktur, bilakis ana ve babanın menfaatini dışlar. Önemli olan çocuğun bakım, korunma ve yetiştirilmesinde ana ve babanın bu görev ve yükümlülüklerini

106 Aynı yönde bkz. : Kaya Kızılırmak (n 62) 459.

107 Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 104) 232.

108 Usta (n 2) 24.

109 Serozan (n 2) 250; Usta (n 2) 24.

110 Burada çocuk elbette gerçek anlamda bir hak süjesi değildir. Daha açık bir ifadeyle çocuk, velayet hakkına sahip ana ve babasının mutlak tasarrufuna bırakılmış, onların istekleri doğrultusunda yönlendirilecek bir hak süjesi değildir.

111 Serozan (n 2) 251; Baktır Çetiner (n 2) 46; Schwenzer (n 1) Art. 296 N. 3.

gereği gibi yerine getirmeleridir. Dolayısıyla velayet hakkının ana ve babaya tanıdığı, tıbbi müdahaleye rıza vermek/vermemek gibi birtakım yetkiler, çocuğu korumak, kollamak gibi görev ve yükümlülüklerden sonra gelir. Başka bir ifadeyle; velayet hakkı sahibi ana ve baba öncelikli olarak çocuğu korumak, kollamak, maddi ve manevi bütünlüğünün gelişmesine fırsat tanımak gibi görev ve yükümlüklerini yerine getirmelidir. Bu görev ve yükümlüklerini yerine getirirken de kendi kişisel görüş ve inanışlarına göre değil, çocuğun üstün yararına uygun hareket etmelidir. İsviçre Medeni Kanunu'ndaki velayet hakkı kavramının değişimi ve dönüşümü takip edildiğinde de görülecektir ki; "bakım ve koruma" hakkın ana çerçevesini oluşturmaktadır[112].

TMK'da da velayet hakkı belirlenirken, ana ve babanın çocuğun yararına göz önüne almakla yükümlü olduğunun altı çizilmektedir (TMK m. 339/f. 1). Anayasa Mahkemesi'nin Halime Sare Aysal kararı öncesinde Yargıtay'ın yeknesaklaşan, çocuğun üstün yararını araştıran uygulamasının altında yatan en önemli sebeplerden biri de budur. Zira; çocuğun sağlığının korunması çocuğun gelişiminin sadece bir parçası değil, bilakis gelişiminin olmazsa olmaz bir önkoşuludur[113].

Kaldı ki, çocuğun yararının ve katılımının velayet hakkının ana ve baba için verdiği yetkilerden daha öncelikli olduğunu sadece TMK değil, ÇHS de sayısız kez vurgulamıştır. Şöyle ki; ana ve babanın velayet hakkını uyarınca kendisine tanınan göreve ve yükümlülükleri gereği gibi yerine getirmemesi/getirememesi halinde devletin çocuğun korunması amacıyla müdahalede bulunması kabul edilmiştir. Çocuğun korunması için alınacak önlemler TMK m. 346 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir. TMK m. 346/f. 1'e göre hakim durumun gerekli kıldığı hallerde çocuğun korunması için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. Hakimin alacağı uygun önlemlerin arasında çocuğun aile yanına veya bir kuruma yerleştirilmesi ve son kertede velayetin kaldırılması da vardır. Dolayısıyla velayet hakkının sınırsız veya hiçbir şekilde ortadan kaldırılamayacağı düşünülmemelidir. Velayet hakkının verdiği çocuğu temsil yetkisi de bu doğrultuda sınırsız değildir. Ana ve babanın temsil yetkisinin sınırını velayetin kapsamı ve çocuğun üstün yararı çizecektir[114]. Hal böyleyleyken, velayet hakkı ve sınırları üzerinde herhangi bir tartışmaya yer vermeden bebeklik çağı aşı uygulamalarına ana ve baba tarafından rıza verilmemesine sadece kanunilik çerçevesinden bakmak, meselenin özüne inmeksizin yapılan şekli bir analizin sonucudur. Maalesef bu tutum hem Anayasa Mahkemesi hem de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında benzer şekilde cereyan etmiştir. Oysa

[112] Mehaz Kanunda 01. 01. 2000 tarihine kadar "*elterlcihen gewalt*" (velayet hakkı) şeklinde varlığını sürdüren velayet hakkı kavramı yerini elterliche Sorge (ebeveynin bakım yükümü) kavramına bırakmıştır. Bu bağlamda, velayet hakkının özündeki vurgunun ebeveynlerin çocuk üzerindeki egemenlikleri değil, yükümlükleri olarak ele alındığı görülmektedir. Usta (n 2) 25; Schwenzer (n 1) Art. 296 N 8; Tuor, Schnyder, Jungo (n 1) § 43 N. 1.

[113] Lorenz Langer, ´Impfung und Impfzwang zwischen persönlicher Freiheit und Schutz der öffentlichen Gesundheit`(2017) Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR) 87, 104.

[114] Schwenzer (n 1) Art. 301 N. 2.

yapılması gereken ilk araştırma; çocuğun üstün yararı karşında velayet hakkının sınırlılığını tespit etmektir. Çocuğun üstün yararını dışlayan velayet hakkına dayanan temsil yetkisinin kullanılması da bu çerçevede değerlendirilmelidir.

Bu hususta İsviçre Federal Mahkemesi'nin verdiği oldukça güncel bir karara değinmek yerinde olacaktır. 16 Haziran 2020 tarihli kararında[115] İsviçre Federal Mahkemesi, ortak velayet hakkına sahip ana ve babanın çocuklarına kızamık aşısı yaptırmak hususunda anlaşamamaları halinde, mahkemenin veya çocuk korunmasına dair yetkililerin çocuğun üstün yararına göre karar vermesi gerektiğinin altını çizmiştir. Karara, çocukların aşılanmasına ilişkin herhangi bir kontrendikasyonu saklı tutmakla birlikte, Federal Halk Sağlığı Dairesi'nin kızamık aşısının uygulanmasına ilişkin tavsiyesine dayanmıştır. Her ne kadar kanun koyucunun iradesi, ortak velayet sahip ebeveynlerin herhangi birine öncelik veya belirleyici oy hakkı tanımaksızın, çocuğa ilişkin meselelerde otonomiye sahip olduklarını kabul etmiş; bu da ana ve baba özerkliğinin çocuklarla ilgili konularda devlet müdahalesinden önce gelmesi gerektiği inancından kaynaklanmaktadır. Ortak velayet hakkına sahip ebeveynlerin fikirleri çocuğun üstün yararına yönelik bir tehdit oluşturduğu ölçüde, resmi müdahale düşünülebilir (İMK m. 307/f. 1). Çocuğa ciddi bir fiziksel zarar verme olasılığı varsa, diğer şeylerin yanı sıra çocuğun üstün yararı için bir tehlike olduğu varsayılmalıdır. Tehlikenin hali hazırda gerçekleşmiş olması gerekli değildir. Çocukların yasal olarak korunması önleyici bir tedbirdir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, İsviçre Federal Mahkemesi'nin kararında, ebeveynlerin uzlaşma içerisinde çocuklarına aşı yaptırmak istememeleri halinde, çocuk koruma kurumunun kızamık aşısını zorunlu olarak uygulayabileceği anlamına gelmediği; aşılamanın zorunlu olup olmayacağına karar verme yetkisinin yasama organına ait olduğunu da vurgulamaktadır[116].

C. Velayet Hakkının Sınırlandırılması ve Kaldırılması

Bu bölümde bebeklik dönemi aşı uygulamalarına rıza vermeyen ana ve babanın velayet hakkının sınırlandırılması veya kaldırılmasının mümkün olup olmadığı sorusu tartışılacaktır. Velayet hakkının sınırlandırılması veya kaldırılmasının aşı uygulamalarına rıza verilmemesi ekseninde değerlendirilmesi ise sadece çocuğun üstün yararı açısından değil çocuğun katılım hakkı bağlamında da değerlendirilmelidir. Zira, aşı uygulamalarına rıza verilmemesi bir yanı ile çocuğun üstün yararına aykırı olabileceği gibi bir yanıyla da çocuğun katılım hakkının yok sayıldığı bir hukuki durum yaratabilir. Elbette bu çalışmanın konusunun sınırlılığı bağlamında bebek aşı uygulamalarına ilişkin görüşünü açıklayıp, katılım hakkını kullanamasa da

[115] 5A_789/2019, https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/aza/http/index.php?highlight_docid=aza://aza://16-06-2020-5A_789-2019&lang=de&zoom=&type=show_document, Erişim Tarihi 17. 02. 2022.

[116] 5A_789/2019, § 6. 2. 3. Benzer yönde: BGE 144 III 481 E 4. 5, 489; 142 III 481 E. 2. 5 p. 488, Thomas Geiser, ´Rechtsprechungspanorama Familienrecht` (2022) AJP 36, 45. Kararla ilgili güncel bir analiz için bkz. : Kaspar Gerber, Simone Gerber, ´Uneinigkeit gemeinsam sorgeberechtigter Eltern über die Masernimpfung für Kinder (BGer-Urteil 5A_789/2019 vom 16. Juni 2020` (2020) Pflegerecht 194-204.

çocuk ayırt etme gücüne sahip olduğu ve kendi menfaatine uygun olduğu sürece[117] kendisinin konu olduğu tüm uyuşmazlıklarda görüşünün alınması gerekir.

Çocuğun üstün yararı kavramı ulusal mevzuatta Anayasa'nın 41. maddesine 7 Mayıs 2010 tarihinde 5982 sayılı Kanun'un 4. maddesi[118] uyarınca eklenen üçüncü fıkra[119] ile çocuğun üstün yararı ana ve babası ile olan ilişkilerinde anayasal bir ilke olarak kabul edilmiştir. TMK da m. 305, 339, 346'de "çocuğun yararı/çocuğun üstün yararı" kavramlarından söz etmiştir. Ancak söz konusu kavramın ortaya çıkışı yeni değildir. ÇHS'nin öncesinde de var olan bu kavram, 1959 tarihli Çocuk Hakları Bildirgesi'nde[120], Kadınlara Karşı Her Biçimiyle Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi'nde[121] kendisine yer bulmuştur. ÇHS m. 3/f. 1 çocuğun üstün yararı kavramını ayrımcılık yasağı, çocuğun yaşama hakkı, çocuğun görüşlerini ifade etmek hakkı ile birlikte Sözleşme'nin ana eksenine oturtmuştur. Çocuk Hakları Komitesi'ne bireysel başvuruyu olanaklı kılan ihtiyari protokolün[122], Komite' ye yol gösterici ilkeleri düzenleyen 2'nci maddesinin ilk cümlesinde ise bu protokolle kendisine verilen görevleri yerine getirirken Komite'nin "çocuğun yüksek yararı" ilkesini rehber edinmesi gerektiği açıkça belirtilmektedir.

Çocuğun üstün yararı kavramına, çocuğun fiziksel, zihinsel ve ahlaki gelişimi, hukuki ve ekonomik yararı da dahildir. Çocuğun üstün yararı kavramı böylelikle velayet hakkının kapsamını da belirleyici bir işlev görmektedir. Zira çocuğun üstün yararı asli bir hak, temel yorumlara yol gösterecek genel bir hukuk ilkesi ve usul kuralıdır[123].

Velayet hakkı sahibi ana ve babanın bebeklik çağı aşı uygulamalarına rıza vermeme durumunda ise çocuğun sağlık hakkı bağlamında ÇHS m. 24 ve tıbbi koşulları çocuğun menfaatinin belirlenmesinde temel bir değer taşır[124]. Dolayısıyla ebeveynler aşı uygulamalarına ilişkin iradelerini açıklarken çocuğun üstün yararını göz önüne almalıdırlar. Zira, yasal temsilcinin açıkladığı rıza, çocuk adına açıklanmaktadır ve çocuğun üstün yararına uygun olmalıdır. Çocuğun üstün yararına aykırılık anlamına gelecek nitelikte tıbbi müdahaleye rıza verilmemesi de hukuka uygun kabul edilemez; velayet hakkının sınırlandırılması sonucunu doğurabilir. Velayet hakkını

---

117 Zira bazı özel durumların varlığı halinde çocuğun menfaati gereği görüşünün alınmaması gerekir. Gülçin Elçin Grassinger, ´Çocuğun Menfaati Gereği Görüşünün Alınmaması Gereken Durumlar`, (2010) Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan I 823, 840-844.

118 Söz konusu kanun 13. 05. 2010 tarih ve 27580 sayılı Resmî Gazete 'de yayınlanmıştır.

119 "Her çocuk koruma ve bakımdan yararlanma, *yüksek yararına* açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir."

120 Çocuk Hakları Bildirgesi'nin orijinal metni için bkz.: https://cpd.org.rs/wp-content/uploads/2017/11/1959-Declaration-of-the-Rights-of-the-Child.pdf , Erişim tarihi 02. 03. 2022. Paragraf 2.

121 RG 25. 06. 1985, 19792. Sözleşmenin orijinal metni için bkz. : https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/cedaw.htm, Erişim tarihi 02. 03. 2022. m. 5 (b) ve m. 16/f. 1 (d).

122 7 Aralık 2017 tarih ve 30263 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanmıştır.

123 Genel Yorum No 14, paragraf 6.

124 Genel Yorum No 14, paragraf 77.

kullanan ana ve babanın, söz konusu haktan doğan temsil yetkisini kötüye kullanması anlamına gelecek bu durum, çocuğa kayyım atanarak veya diğer koruma tedbirlerine başvurularak çözülebilir. Zira TMK m. 346 uyarınca hakimin koruma tedbirlerine başvurabilmesi için çocuğun yararı ve gelişmesinin tehlikeye düşmesi yeterlidir[125].

Çocuğun yararı aleyhine her davranış, velayet hakkının kötüye kullanılması anlamına gelir ve velayetin kaldırılmasına dahi yol açabilir[126]. Aşı reddinin birçok sebebi olabileceğinden yukarıda söz edilmişti, eğer ana ve baba bu anılan sebeplerden birine körü körüne bağlılığı, kişisel düşünceleri, batıl inançları, bilgisizliği nedeniyle aşı uygulamalarına rıza vermekten kaçınıyorsa TMK m. 2/f. 2 uyarınca hakimin müdahalesi gerekecektir. Öte yandan HHY m. 24/f. 4 de yasal temsilcinin tıbbi gereklilik oluşturan bir müdahaleye rıza vermemesi halinde, TMK m. 346 ve 487 hükümlerine gönderme yaparak, mahkemeden bir karar alınmasının gerektiğini vurgulamaktadır[127]. Tıbben zorunlu olan bir müdahaleye, elbette hangi müdahalenin tıbben gerekli olduğunu tespit edecek olan hukukçular değil tıp bilim insanlarıdır, dair rızasını vermekten kaçınan ana ve babanın velayet hakkının kapsamını aşıp aşmadığına karar verecek olan hakimdir. Velayet hakkının sadece çekirdek aileyi ilgilendirmeyen ve fakat toplumsal bir kavram halini alması da hakimin müdahalesini gerekli kılan bir dönüşümün sonucudur[128]. Hakim, velayet hakkının sınırlandırılmasına veya kaldırılmasına karar verirken mutlaka çocuğun üstün yararını ve eğer mümkünse çocuğun meseleye ilişkin düşüncelerini dikkate aldıktan sonra kararını vermelidir. Bebeklik dönemi aşı uygulamalarına ilişkin olarak da hakim, aşı her ne kadar bir tıbbi müdahale olsa da, yarar zarar dengesinde yaratacağı faydalar ve önleyeceği hastalık risklerini de dikkate alarak kararını vermelidir.

Hakimin velayet hakkının sınırlandırılmasına veya kaldırılmasına ilişkin bir karara varması için ana ve babanın ayrıca bir yükümlülük ihlalinin veya kusurunun olması da gerekli değildir. Velayet kavramından ne anlaşılması gerektiğine ilişkin güncel tartışmaları da göz önünde tutarak hakim, velayet hakkını çocuğu koruma eksenine oturtmalı, velayet hakkı sahibinde kusur aramaktan ziyade çocuğun maddi ve manevi gelişimin tamamlanmasının ne şekilde gerçekleşeceğini belirlemedir. Zira ana ve babanın kusuru sadece alınacak önlemin niteliği ve derecesi üzerinde etkili olacaktır[129]. Velayet hakkı, çocuğun korunması, kollanması ve üstün yararının sağlanması için ana ve babaya tanınan bir hak/yükümlülüktür. Dolayısıyla hakim değerlendirmesini yaparken de geçerli bir neden olmaksızın, aşı uygulamasına rıza verilmemesinin çocuğun üstün yararının aleyhine sonuçlar doğuracağını hesaba katmalıdır. Öte yandan TMK m. 346 incelendiğinde de görülecektir ki; kanun koyucu

125 Tuor, Schnyder, Jungo (n 1) § 43 N. 32

126 Serozan (n 2) 292.

127 Kaya Kızılırmak (n 62) 467.

128 Usta (n 2) 26.

129 Usta (n 2) 421.

çocuğun menfaati ve gelişmesinin tehlikeye düşmesini hakimin müdahalesi için yeterli görmüş; tehlikenin ağır bir nitelik arz etmesini aramamıştır[130]. Dolayısıyla; ana ve babanın velayet hakkına dayanarak aşı uygulamalarına rıza göstermemeleri velayet hakkının kapsamını aşmaları anlamına gelecektir ve ilk aşamada TMK m. 346 vd. hükümlerinin uygulanmasını akıllara getirecektir. Böylelikle de Anayasa Mahkemesi'nin Halime Sare Aysal kararında ısrarla tek ve öncelikli mesele olarak değerlendirdiği "kanunilik" tartışmasına gerek olmaksızın, tıbbi müdahaleye rıza verilmemesinin çocuğun üstün yararı karşısında mümkün olup olmayacağını tespit ederek bebeklik dönemi aşı uygulamalarına ilişkin rıza vermeme sorunu çözülebilir. Öte yandan elbette, bebeklik dönemi aşılarını zorunlu hale getirecek yasal bir düzenleme ve ölçülü yaptırımlarla çocuğun üstün yararı, kamu sağlığı ve özel yaşama saygı hakkı arasında dengenin en kısa zamanda kurulması, meseleye ilişkin en tutarlı çözüm olacaktır.

Sonuç

Covid 19 salgını ve dünya genelinde, özellikle de kızamık hastalığına dair, bulaşıcı hastalıklara ilişkin bağışıklıkların her geçen yıl daha da azalması, bebeklik dönemi aşı uygulamalarının zorunlu tutulmasının hukuken mümkün olup olmadığı tartışmasını bir kez daha akıllara getirmiştir. Bu durum karşısında anılan aşıları zorunlu ve çeşitli yaptırımlara tabi tutan ülkelerin sayısı artmaktadır. Ancak Türkiye'de hali hazırda Covid 19 hastalığında korunmak ve hastalığı olabilecek en düşük etkilerle atlatabilmek için geliştirilen aşılar da bebeklik dönemi aşılarından ise çiçek aşısı hariç hiçbir aşı zorunlu aşı uygulamalarının kapsamında değildir. Anayasa Mahkemesi de 2015 yılında verdiği kararda, aşıların zorunlu olarak uygulanmasını sağlayacak açık yasal bir düzenleme olmamasından yola çıkarak, zorunlu aşı uygulamasında dair yerel mahkemenin verdiği tedbir kararını Anayasa'nın 17. maddesini ihlal ettiği sonucuna varmıştır. Mahkeme anılan kararda sadece "kanunilik" unsurunu tartışmasına konu etmiş, çocuğun üstün yararı, velayet hakkı gibi kavramlara ise hiç değinmemiştir.

Oysa zorunlu aşı uygulamalarına dair hukuki tartışmalar hep özel yaşama saygı hakkı ve kamu sağlığı ekseninde olsa da mesele bebeklik dönemi aşılarına geldiğinde çetrefilleşmektedir. Zira Covid 19'dan korunmak için aşı olmayı kendi iradesi ile reddeden yetişkin bir bireyle, bebeklik çağı aşılarını velayet hakkı sahibi olduğu çocuğu adına reddeden ana ve babanın hukuken sahip oldukları haklar özdeş değildir. Velayet hakkı sahibi ana ve baba çocuğu adına, onu temsilen bir karar vermekte ve bu kararı çocuğun maddi ve manevi bütünlüğünü etkileyecek, çocuğun üstün yararına aykırı sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla bebeklik dönemi aşı uygulamalarına ilişkin yasal temsilcinin rıza vermemesi halinde tartışma sadece kamu sağlığı ve özel yaşama saygı hakkı ile sınırlı kalmaz çocuğun üstün yararı da devreye girer.

[130] Usta (n 2) 419; Elçin Grassinger (n 2) 67-68; Tuor, Schnyder, Jungo (n 1) § 44 N. 13.

Anayasa Mahkemesi'nin de bu hususları, velayet hakkının sınırlandırılmasının hangi durumlarda mümkün olacağı bağlamında kararında değerlendirme altına alması gerekirdi. Velayet hakkının anlamını, kapsamını ve sınırlandırılmasının hangi hallerde mümkün olacağını analiz etmeden, sadece "kanunilik" ölçütü ile sınırlı kalarak bir değerlendirme yapılması meselenin şeklen incelenmesi anlamına gelir[131]. Ne yazı ki bu hususta ne Anayasa Mahkemesi ne de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (Vavřička ve diğerleri v. Çek Cumhuriyeti kararında) önlerine gelen davaları çocuğun üstün yararı, çocuk hakları bağlamında değerlendirme fırsatını kullanmıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin tutumu da göz önüne alındığında bebeklik dönemi aşılarının zorunlu olmasını sağlayacak yasal bir düzenleme yapılması ve bu düzenlemenin çocuk haklarına ve çocuğun üstün yararına aykırı olmayacak yaptırımlarla desteklenmesi gerekir. Bu yaptırımlar geçerli bir gerekçe göstermeksizin bebeklik dönemi zorunlu aşılarını yaptırılmasına rıza göstermeyen ana ve babaya idari para cezası uygulanması ve aşılarını tamamlamamış çocuğun okul öncesi ve ilköğretim kurumlarına aşı kartı olmaksızın kaydının yapılmaması şeklinde tezahür edebilir. Zorunlu aşı uygulamalarının hukuki gerekçesini oluşturmak adına TBMM'ye yasa değişiklikleri için teklifte[132] bulunulmuşsa da henüz yasalaşan bir teklif mevcut değildir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.
Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.
Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.
Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.
Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

Archard David, Brierley Joe ve Cave Emma, ´Compulsory Childhood Vaccination: Human Rights, Solidarity, And Best Interests` (2021) Medical Law Review Vol. 00 No. 0 1-12.

Aslan Öncü Gülay, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı* (İstanbul, 2011).

Attwell K ve Navin MC, ´Childhood Vaccination Mandates: Scope, Sanctions, Severity, Selectivity, and Salience´ (2019) The Milkbark Quarterly Vol 97 No: 4 978-1014.

Baktır Çetiner Selma, *Velayet Hukuku* (Yetkin Yayınları Ankara 2000).

Başak Makaracı Aslı, Öktem Çevik Seda, ´Bebeklik Dönemi Zorunlu Aşı Uygulamaları` (2021) Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları İle Uyumlaştırılması. Haz. Aslı Makaracı Başak, Seda Öktem Çevik, Gülen Sinem Tek Seçkin Yayıncılık 363-380.

[131] Aksi yönde Yıldırım (n 69) 18.

[132] Fikret Şahin'in 11. 02. 2020 tarihli "Bebek ve Çocuklarda Aşılamanın Zorunlu Olması İçin Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Teklifi" başlıklı kanun teklifi için bkz.: https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-2623.pdf, Erişim tarihi 02. 03. 2022.

Camilleri F, ´Compulsory Vaccinations for Children: Balancing the Competing Human Rights at Stake` (2019) Netherlands Quarterly of Human Rights Vol. 37 (3) 245-267.

Doshi Peter, Akabayashi Akira, ´Japanese Childhood Vaccination Policy` (2010) 19 Cambridge Q Healthcare Ethics 283-289.

Dural Mustafa, Öğüz Tufan ve Gümüş Mustafa Alper, *Türk Özel Hukuku C. III Aile Hukuku* (Filiz Kitabevi 2019).

Elçin Grassinger Gülçin, ´Çocuğun Menfaati Gereği Görüşünün Alınmaması Gereken Durumlar`, (2010) Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan I 823-846.

Elçin Grassinger Gülçin, *Türk Medeni Kanununda Yer Alan Velayet Hükümleri Uyarınca Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler (MK md. 346, md. 347, md. 348)* (On İki Levha Yayıncılık 2009).

Geiser Thomas, ´Rechtsprechungspanorama Familienrecht` (2022) AJP 36-46.

Gerber Kaspar, Gerber Simone, ´Uneinigkeit gemeinsam sorgeberechtigter Eltern über die Masernimpfung für Kinder (BGer-Urteil 5A_789/2019 vom 16. Juni 2020 ` (2020) Pflegerecht 194-204.

Goudsmit Marthe, ´ Mandatory vaccination and the infringement of children's article 8 rights for their parents' non-compliance` (2021) Journal of Social Welfare and Family Law 43:3 335-338.

Göztepe Ece, ´Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Anayasa Mahkemesi'nin Doğrudan ve Dolaylı "Çağrı Karaları" Üzerine Bir İnceleme` (2021) Anayasa Yargısı Cilt 38 S 1 43-83.

Kaya Kızılırmak Cansu, ´Velayet Hakkının Kapsamı Çerçevesinde Bebeklik Dönemi Aşı Uygulamalarında Rızanın Esirgenmesi` (2020) Prof. Dr. Feyzi Necmettin Feyzioğlu'nun Anısına Armağan İstanbul 449-476.

Langer L, ´Impfung und Impfzwang zwischen persönlicher Freiheit und Schutz der öffentlichen Gesundheit` (2017) Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR) 87-114.

Lissel PM, ´Infektionsschutzrecht nach Inkrafttreten des Masernschutzgesetzes` (2020) Zeitschrift für Rheumatologie 5 459-465.

Lupu VV, Ignat A, Stoleriu G, Ciubara AB, Ciubara A, Lupu V, Burlea M and Stratciuc S, ´Vaccination of Children in Romania Between Civic Obligation and Personal Choice` (2017) Revista De Cercetare Interventie SocialaVolumul 56 123-132.

Neugebauer M, Ebert M and Vogelmann R, ´Beurteilung des neuen Masernschutzgesetzes in Deutschland: Ergebnisse einer deutschlandweiten Befragung` (2020) Z. Evid. Fortbild. Qual. Gesundh. wesen (ZEFQ) 158–159 74-80.

Oder Bertil Emrah, ´Bireysel Başvuruda Kanunilik Ölçütü: Tutarlılık ve Stratejik Kullanım Sorunları` (2016) Güncel Hukuk S. 10 12-17.

Oğuzman Mustafa Kemal, Seliçi Özer ve Oktay Özdemir Saibe, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)* (Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 20. Bası, Filiz Kitabevi, 2021).

Omer Saad B. , Betsch Cornelia ve Leask Julie, ´Mandate vaccination with care`, (2019) Nature 571 (7766), 469-472.

Onyemelukwe Cheluchi, ´Can legislation mandating vaccination solve the challenges of routine childhood immunisation in Nigeria?` (2016) Oxford University Commonwealth Law Journal VOL. 16 NO. 1 100-124.

Partouche Henri, Gilberga Serge, Renard Vincent ve Saint-Lary Olivier, ´Mandatory Vaccination of Infants in France: Is that the way forward?` (2019) European Journal of General Practice. Vol. 25 No. 1. 49-54.

Peter Breitschmid, *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I Art. 1-456 ZGB* (3. Auflage, Helbing &Lichtenhahn 2006).

Pierik Roland, ´On Religious and Secular Exemptions: A Case Study of Childhood Vaccination Waivers` (2017) Ethnicities Vol. 17(2) 220-241.

Rezza G, ´Mandatory Vaccination for Infants and Children: the Italian Experience` (2019) Pathogens and Global Health 113: 7 291-296.

Schwenzer Ingeborg, *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I Art. 1-456 ZGB* (3. Auflage ,Helbing &Lichtenhahn 2006).

Serozan Rona *Çocuk Hukuku* (2. basıdan tıpkı bası, Vedat Kitapçılık 2017).

Sinorelli C, Odone A, Cella P ve Iannazzo S, ´Childhood Vaccine Coverage in Italy After the New Law on Mandatory Immunization` (2018) Ann Ig 30 (Suppl. 1) 1-10.

Tuor Peter, Schnyder Bernhard, Schmit Jörg ve Jungo Alexandra, *Das Schweizersiche Zivilgesetzbuch* (Schulthess § 2015).

UNICEF, ´Immunization` (July 2021), https://data.unicef.org/topic/child-health/immunization/, ET. 25. 01. 2022.

Usta Sevgi, *Velayet Hukuku* (On İki Levha Yayıncılık 2016)

Vanderslott S and Marks T, ´Charting Mandatory Childhood Vaccination Policies Worldwide` Vaccine 39 (2021) 4054-4062.

Wakefield AJ, Murch SH, Anthony A, Linnell J, Casson DM, Malik M, Berelowitz M, Dhillon AP, Thomson MA, Harvey P, Valentine A, Davies SE and Walker-Smith JA, ´Ileal-lympoid-nodular hyperplasia, non-spesific colitis, and pervasive developmental disorder in children`(1998) The Lancet. Vol: 351 637-641.

WHO, ´Measles- European Region 6 May 2019`, https://www.who.int/csr/don/06-may-2019-measles-euro/en/, ET. 26. 01. 2022.

WHO, ´Vaccines and Immunization`, https://www.who.int/health-topics/vaccines-and-immunization#tab=tab_1, ET. 25.01. 2022.

WHO, ´WHO EpiBrief, No: 1/2021` https://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0008/496907/WHO-EpiBrief-1-2021-eng.pdf, ET. 26. 01. 2022.

Yıldırım, Engin ´Compulsory Vaccination and the Turkish Constitutional Court` (2020) European Journal of Health Law 27 1-19.