

T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU YÜKSEK LİSANS PROGRAMI
YÜKSEK LİSANS TEZİ

SAĞLIK MESLEĞİ MENSUPLARININ SUÇU
BİLDİRMEMESİ SUÇU
(TCK m.280)

Seda Yağmur SÜMER

Danışman
Dr. Öğr. Üyesi. Pınar BACAKSIZ

İZMİR – 2020

T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU YÜKSEK LİSANS PROGRAMI
YÜKSEK LİSANS TEZİ

SAĞLIK MESLEĞİ MENSUPLARININ SUÇU
BİLDİRMEMESİ SUÇU
(TCK m.280)

Seda Yağmur SÜMER

Danışman
Dr. Öğr. Üyesi. Pınar BACAKSIZ

İZMİR – 2020

TEZ ONAY SAYFASI



YEMİN METNİ

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m.280)" adlı çalışmanın, tarafımdan, akademik kurallara ve etik değerlere uygun olarak yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

Tarih

04/06/2020

Seda Yağmur SÜMER



ÖZET
Yüksek Lisans Tezi
Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m.280)

Seda Yağmur SÜMER

Dokuz Eylül Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Kamu Hukuku Anabilim Dalı
Kamu Hukuku Programı

Sağlık mesleği mensuplarının sır saklama yükümlülüğü tarihsel süreçte çok eskilere dayanmakta olup halen varlığını korumaktadır. Bu yükümlülüğün temeli sır ve meslek sırrı kavramlarına dayanmaktadır. Bu kavramlardan ne anladığımız ise gelişen teknoloji ve sağlık hizmetleri neticesinde değişmiş ve gelişmiştir.

Sır saklama yükümlülüğünün halen varlığını koruması onun hukuki niteliğini de doktrinde tartışılır hale getirmiştir. Bu hususlar ilgili doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşlerin etkisiyle gerek ulusal gerekse de uluslararası alanda birçok hukuki düzenleme doğmuştur.

Bu hukuki düzenlemeler sır saklama yükümlülüğünün kapsamını belirlemiştir. Fakat mesleğin doğası nedeniyle belirli haller istisna olarak kabul edilmiş ve bu yükümlülüğün kapsamı dışında tutulmuştur. Ayrıca zaman içerisinde toplumların suç politikaları doğrultusunda belirli kimseler bakımından suçun bildirilmesi yükümlülük haline gelmiştir. İşte bu noktada; sağlık mesleği mensuplarının suçla ve suçlulukla temasının yüksek oranda olması nedeniyle suç u bildirme yükümlülüğü onlar bakımından da tartışılır hale gelmiştir.

Bu doğrultuda ülkemizde TCK m. 280’de sağlık mesleği mensuplarına suç u bildirme yükümlülüğü getirilmiştir. Aksi yönde davranmaları halinde cezai yaptırım öngörülmüştür.

Bu çalışmanın konusunu sır saklama yükümlülüğü çerçevesinde; TCK m. 280 “*Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu*” oluşturmaktadır. Çalışmanın birinci bölümünde sır saklama yükümlülüğüne detaylı bir şekilde değinilecek olup ikinci bölümünde çalışma konusu suç tipi detaylı bir şekilde incelenecektir.

Çalışmamız içerisinde yargı kararları, ulusal ve uluslararası düzenlemeler ve başta monografik eserler olmak üzere ilgili kaynaklardan yararlanılmıştır. Konuyu ele alırken; doktrindeki görüşlerin ve uygulamada yaşanan sıkıntıların ortaya koyduğu sorunlara ilişkin çözümler üretilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Sağlık Mesleği Mensubu, Suçu Bildirmeme, Sır Saklama Yükümlülüğü, Türk Ceza Hukuku, Türk Ceza Kanunu.

ABSTRACT
Master's Thesis

Health Professions Members Medical Negligence not Report Crime

(Turkish Penal Code article 280)

Seda Yağmur SÜMER

Dokuz Eylul University

Graduate School of Social Sciences

Department of Public Law

Public Law Program

The confidentiality obligation of the healthcare professionals is very old in the historical process and still exists. The basis of this obligation is based on the concepts of secret and professional secret. What we understand from these concepts has changed and improved as a result of developing technology and health services.

The fact that the confidentiality obligation is to keep secrets still exists has made its legal nature controversial in the doctrine. These issues have been suggested in the related doctrine. With the influence of these views, many legal regulations were born both in the national and international arena.

These legal regulations have determined the scope of the confidentiality obligation. However, due to the nature of the profession, certain situations are accepted as exceptions and are excluded from the scope of this obligation. In addition, it has become an obligation to report crime to certain people in line with the crime policies of societies over time. Here at this point; The obligation to report the crime has become controversial for them, as the healthcare professionals have a high contact with crime and guilt.

In this direction, TCK m. In 280, members of the health profession were obliged to report the crime. Criminal sanctions are foreseen if they act otherwise.

Within the framework of the confidentiality obligation; TCK m. 280 regulates “Crime of Neglecting to Report Crime by Healthcare Professionals” . In the first part of the study, the confidentiality obligation will be discussed in detail, and in the second part, the crime type of the study will be examined in detail.

In our study, judicial decisions, national and international regulations and related sources, especially monographic works, were used. While dealing with the subject; solutions to the problems posed by the opinions and problems in practice are tried to be produced.

Keywords: Healthcare Professional, Not Reporting Crime, Secret Retention Obligation, Turkish Criminal Law, Turkish Criminal Law.

SAĞLIK MESLEĞİ MENSUPLARININ SUÇU BİLDİRMEMESİ SUÇU
(TCK m.280)

İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI	ii
YEMİN METNİ	iii
ÖZET	iii
ABSTRACT	iv
İÇİNDEKİLER	ivii
KISALTMALAR	x
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

SAĞLIK MESLEĞİ MENSUPLARININ SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

I. SAĞLIK MESLEĞİ MENSUPLARININ SUÇU BİLDİRMEMESİ SUÇU ve SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ ARASINDAKİ İLİŞKİ	3
A. SIR ve MESLEK SIRRI KAVRAMLARI	3
B. SIR ve MESLEK SIRRI KAVRAMLARININ KİŞİSEL VERİ HUKUKU ile İLİŞKİSİ	7
1. Genel olarak Kişisel Veri Kavramı ve Bu Kavramın Tarihsel Gelişimi	7
2. Kişisel Veri kavramının Tıp Hukukundaki Yeri	19
3. Tıp Hukukunda Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Ulusal Düzenlemeler	32
C. SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN HUKUKİ NİTELİĞİ	46
1. Sır Saklama Yükümlülüğünün Hukuki Niteliğini Özel Hukuk Kurumlarıyla Açıklayan Görüşler	47
a. Hasta ile Sağlık Mesleği Mensubu Arasındaki İlişkinin Sözleşme İlişkisinden Kaynaklandığını Savunan Görüş	47
(1) Hasta ile Sağlık Mesleği Mensubu Arasındaki İlişkinin Hizmet Sözleşmesinden Kaynaklandığını Savunan Görüş	48
(2) Hasta ile Sağlık Mesleği Mensubu Arasındaki İlişkinin Eser Sözleşmesinden Kaynaklandığını Savunan Görüş	51
(3) Hasta ile Sağlık Mesleği Mensubu Arasındaki İlişkinin Vekalet Sözleşmesinden Kaynaklandığını Savunan Görüş	55
(4) Hasta ile Sağlık Mesleği Mensubu Arasındaki İlişkinin Sui Generis veya İsimsiz Sözleşmeden Kaynaklandığını Savunan Görüş	60

(5) Hasta ile Sağlık Mesleği Mensubu Arasındaki İlişkinin Somut Durum ve Şartlara Göre Belirlenen Sözleşmeden Kaynaklandığını Savunan Görüş	62
2. Hasta ile Sağlık Mesleği Mensubu Arasındaki İlişkiyi Sözleşme Dışı Sorumluluk ile Açıklayan Görüş	62
a. Hasta ile Sağlık Mesleği Mensubu Arasındaki İlişkiyi Vekaletsiz İş Görme İlişkisi ile Açıklayan Görüş	64
b. Hasta ile Sağlık Mesleği Mensubu Arasındaki İlişkiyi Haksız Fiil ilişkisi ile Açıklayan Görüş	64
3. Kamu Düzeni Görüşü	65
4. Karma Nitelikteki Görüş	68
II. SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ HAKKINDA HUKUKİ DÜZENLEMELER	69
A. SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ ile İLGİLİ ULUSLARARASI DÜZENLEMELER	70
1. Dünya Tabipler Birliği Bildirgeleri	71
2. Avrupa Çapında Hazırlanan Belgeler	76
3. Diğer Uluslararası Düzenlemeler	78
B. SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ ile İLGİLİ İÇ HUKUKTA YER ALAN DÜZENLEMELER	82
1. 1982 Anayasası'nda Sır Saklama Yükümlülüğü	82
2. 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nda Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü	83
3. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Sır Saklama Yükümlülüğü	84
4. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Sır Saklama Yükümlülüğü	85
5. Mesleki Mevzuatta Sır Saklama Yükümlülüğü	87
III. SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İSTİSNALARI	92
A. KANUN HÜKMÜNÜN YERİNE GETİRİLMESİNDEN KAYNAKLANAN İSTİSNALAR	92
1. Kamu Sağlığı	92
2. Suç Bildirimi	100
3. Doğum ve Ölüm Olayları, Kürtaj Girişimleri ve Organ ve Doku Nakillerinin Bildirilmesi	103
4. Sağlık Raporları ve Hasta Kayıtlarının Paylaşımı	107
5. İstatiksel bilginin toplanması	112
6. Tanıklık	112

7. Bilirkişilik	122
8. Yargı Makamlarıyla Bilgi ve Belge Paylaşımı	124
9. Hakkın Kullanılması	125
B. HASTANIN RIZASI	128
C. MEŞRU MÜDAFAA	132
D. ZORUNLULUK HALİ	134

İKİNCİ BÖLÜM

SAĞLIK MESLEĞİ MENSUPLARININ SUÇU BİLDİRMEMESİ SUÇU'NUN UNSURLARI ve ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

I. SAĞLIK MESLEĞİ MENSUPLARININ SUÇU BİLDİRMEMESİ SUÇU'NUN UNSURLARI	141
A. SUÇLA KORUNAN HUKUKSAL DEĞER	153
B. SUÇUN MADDİ UNSURLARI	158
1. Suçun Hukuki Konusu	158
2. Fail ve Mağdur	186
3. Eylem	214
4. Suça Etki Eden Haller	229
C. SUÇUN HUKUKA AYKIRILIK UNSURU	229
D. MANEVİ UNSUR	240
1. Genel Olarak	240
2. Kusurluluğu Etkileyen ve Ortadan Kaldıran Haller	244
a. Mazeret Sebepleri	245
(1). Zorunluluk hali	246
(2). Cebir ve Şiddet, Korkutma ve Tehdit	253
b. Hata	255
II. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ	263
A. TEŞEBBÜS	263
B. İŞTİRAK	266
C. İÇTİMA	269
III. YAPTIRIM VE KOVUŞTURMA	280
SONUÇ	285
KAYNAKÇA	291

KISALTMALAR

AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AYM	Anayasa Mahkemesi
BMN	Belediye Mezarlıkları Nizamnamesi
Cd.	Ceza Dairesi
CGK.	Ceza Genel Kurulu
CMK	Ceza Muhakemeleri Usul Kanunu
HGK	Hukuk Genel Kurulu
HHY	Hasta Hakları Yönetmeliği
HMK	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HSGM	Halk Sağlığı Genel Müdürlüğü
İHFD	İstanbul Hukuk Fakültesi Dergisi
İHFM	İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası
md.	madde numarası
s.	Sayfa Numarası
SBGM	Sağlık Bakanlığı Genel Müdürlüğü
ss.	Sayfa Aralığı
TBB	Türkiye Barolar Birliği
TBK	Türk Borçlar Kanunu
TBMM	Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	Türk Ceza Kanunu
TMK	Türk Medeni Kanunu
TŞSTİHK	Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun
UHK	Umumi Hıfzıssıhha Kanunu
vd.	ve devamı
Yrg.	Yargıtay
YTKİY	Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği

GİRİŞ

Sağlık mesleği mensuplarının sır saklama yükümlülüğü tarihsel süreçte çok eskilere dayanmaktadır. Hipokratik tıp etiğinin doğuşuyla başlayan bu yükümlülük 2500 yıldan beri mesleki etik ilkeler çerçevesinde korunmakta ve etkinliğini sürdürmektedir. Tarihsel süreç içerisinde ihtiyaçlar doğrultusunda geliştirilen bu yükümlülük artık bir ödev halini almıştır.

Günümüzde halen varlığını ve etkisini sürdüren sır saklama yükümlülüğünün doğru anlaşılabilmesi için öncelikle sır ve meslek sırrı kavramlarının değerlendirilmesi gerekir. Bu nedenle bizler de çalışmamızın birinci bölümünde öncelikle sır ve meslek sırrı kavramlarına değinerek bunlar arasındaki ilişkiyi ortaya koyduk.

Gelişen teknoloji ve sağlık hizmetleri neticesinde “kişisel sağlık verisi kavramı” doğuşu gerçekleşmiş ve bu kavram doğrudan sır kavramını etkilemiştir. Bu nedenle çalışmamızda sır ve meslek sırrı kavramlarının ilişkisine değindikten sonra kişisel veri kavramının ve kişisel sağlık verisi kavramlarının tıp hukukundaki yerine değinerek; bu konuyla ilgili ulusal düzenlemeleri değerlendirdik.

Temel kavramların tespiti ve değerlendirmesinden sonra sır saklama yükümlülüğünün hukuki tespitinin yapılması konunun anlaşılması bakımından önem arz etmektedir. Çünkü sır saklama yükümlülüğünün hukuki niteliğine göre bu yükümlülüğe aykırı davranılması haline doğacak neticeler de değişiklik arz edecektir.

Sır saklama yükümlülüğünün hukuki niteliğinin tespitinde temel etkenlerden biri mevcut hukuki düzenlemelerdir. Bu hukuki düzenlemeleri uluslararası ve ulusal olmak üzere iki bölümde incelemek gerekir. Çünkü kronolojik olarak uluslararası belgelerin birçoğu öncelikli olup ulusal düzenlemelerin doğuşunda etkili olmuştur. Uluslararası düzenlemeler tarihsel süreçte tıp hukukundaki ihtiyaçlara göre gelişmiş ve şekillenmiştir. Başta Dünya Tabipler Birliği olmak üzere birçok uluslararası kurum ve kuruluş bu konuda bağlayıcı veya bağlayıcı olmayan düzenlemeler yapmıştır. Nitekim bu düzenlemelerin birçoğu iç hukukumuzu etkilemiş ve ulusal düzenlemelerin önünü açmıştır.

Bu düzenlemeler önceleri sır saklama yükümlülüğü ile ilgili temel nitelikli kuralları belirlerken ilerleyen dönemlerde yetersiz kalmaya başlamış ve bazı

istisnaların getirilmesi ihtiyacı doğmuştur. Bu ihtiyaçlar ülkelerin suç politikası ve sosyolojik dinamikleri, tıp hukuku ve teknoloji alanındaki gelişmeleri ile şekillenmiştir. Bu nedenle çalışmamızın birinci bölümünün son başlığında bu istisnalara yer verme ihtiyacı doğmuştur. Bu istisnalara detaylı bir şekilde yer vererek ikinci bölümün temeli aslında suçun bildirilmesi istisnasına dayanmaktadır.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise ana konumuz olan TCK m. 280’de düzenlenen “*Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu*” detaylı bir şekilde ele alınmıştır. Yukarıda belirtildiği üzere çalışmada yer verilen istisnalardan suçun bildirilmesinin sağlık mesleği mensupları bakımından Türk Ceza Kanunundaki yansımalarından biri bu suç tipidir. Bu bölümde öncelikle suçla korunan hukuki değer tespit edilmiş sonrasında suçun unsurlarına değinilmiştir. Son olarak suçun özel görünüş biçimleri, yaptırım ve kovuşturması hakkında bilgi verilmiştir.

Her iki bölümde de yer yer kanaatlerimize yer vererek gerek doktrinde gerek uygulamada yer alan sorunlara çözüm önerilerimizi sunmaya çalıştık. Bu çalışma ile TCK m. 280’nin etraflıca aydınlatılması ve doktrindeki tartışmalara yeni bir bakış açısı katarak mevcut kanuni düzenlemenin yetkinliği bakımından farklı bir bakış açısı kazandırma hedeflenmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

SAĞLIK MESLEĞİ MENSUBUNUN SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

I. SAĞLIK MESLEĞİ MENSUPLARININ SUÇU BİLDİRMEMESİ SUÇU ve SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ ARASINDAKİ İLİŞKİ

A. SIR ve MESLEK SIRRI KAVRAMLARI

Sır kavramı sözlükte¹ “Varlığı veya bazı yönleri açığa vurulmak istenmeyen, gizli kalan, gizli tutulan şey” olarak tanımlanmaktadır. Doktrinde sır kavramının “işitmek, görmek veya hissetmek suretiyle öğrenilen ve maddi varlığa sahip olmayan şey”² , “bir kimsenin görmek, işitmek veya hissetmek suretiyle öğrendiği, saklı ve gizli tutulması gereken şey”,³ “Sadece belirli ve sınırlandırılabilir kişi grubu tarafından bilinen ve bunun açıklanmamasında hasta bakımından anlaşılabilir, yani gerekçelendirilebilir ve dolayısıyla korunmaya layık bir yarar bulunan durum, olgu, vakıa”⁴ , “herkes tarafından bilinmeyen ve açıklanması sahibinin şeref ve haysiyeti diğer menfaatlerine zarar verme tehlikesi gösteren hususlar”⁵ gibi tanımları bulunmaktadır. Kelime anlamından yola çıkıldığında sır kavramının özel hayatın gizliliğini koruduğu anlaşılmaktadır. Fakat bazen bireyin öngördüğü ve rıza gösterdiği hallerde menfaati sonucunu doğuracak ise o şey sır olmaktan çıkacak ve paylaşılabılır hale gelecektir. Bu sebeple her gizli tutulan veyahut gizli kalan şey sır olamayacaktır. Gizli kalmış veyahut açığa vurulmak istenmeyen bir hususun sır olabilmesi için bazı koşulları taşıması gerekmektedir. Erem’e göre; öncelikle bir şeye sır diyebilmemiz için o sırrın gerçekte var olması gerekmektedir⁶. Doktrinde aksi yöndeki görüşe göre⁷; sır teşkil eden olayın gerçekte var olması gerekmektedir. Bizim de katıldığımız bu görüş gereği; gerçekte var olmayan olayların açıklanması sırrın ifşa anlamına

¹ <https://sozluk.gov.tr/>

² Yusuf Büyükkay, “Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü”, A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:8, Sayı:1-2, Ankara, 2004, s. 386.

³ Faruk Erem, “Ceza Hukukunda Meslek Sırrı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı:1, Ankara, Mart 1943, s. 36.

⁴ Hakan Hakeri, “Hekimin Yükümlülükleri”, Kuzey Kıbrıs Türkiye Cumhuriyeti Lefke Avrupa Üniversitesi, II. Sağlık Sempozyumu, 17-18 Mayıs 2010, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s. 84.

⁵ Hayrunnisa Özdemir, “Hadım Etme ve Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü”, III. Sağlık Kurultayı, 7-8 Mayıs 2010, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2011, s. 194.

⁶ Faruk Erem, “Avukatlık Sırrı”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı:5, Ankara, 1969, s. 838.

⁷ Süheyl Donay, Meslek Sırrının Açıklanması Suçu, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1978, s.107.

gelmeyecek ve hukuka aykırı olmayacaktır. Hayali, kurgu, fantezi olay ya da olguların sır olarak kabul edilmesi mümkün değildir.

Bir diğer temel koşul sırrın aleni olmaması gerektiğidir⁸. Burada aleniyetten ne anlamamız gerektiği önemli bir husustur. Bir sırrın birden fazla kişi veya grup tarafından biliniyor olması onun sır olma özelliğini ortadan kaldırmayacaktır⁹. Burada sırrı bilen kişilerin sayısı nispi olup belirli bir sayı sınırı bulunmamaktadır¹⁰. Örneğin; kişinin cep telefonu kilidi olarak bir şifre belirlemesi ve bunun ailesi tarafından biliniyor oluşu onun sır özelliğini ortadan kaldırmayacaktır. Burada alenilik ile kastedilen, daha önce herkes tarafından sırrın öğrenilmiş olması veya öğrenilebilir olmasıdır. Örneğin; halka mal olmuş bir kişinin hakkındaki davada verilen hükmün aleni bir duruşmada açıklanması ve bunun birçok gazetede haber olarak paylaşılması halinde artık mahkeme tarafından verilen hükmün bir sır niteliği kalmadığı aşikârdır.

Bir diğer bulunması gereken özellik o şeyin öğrenilmeme iradesinin bulunmasıdır. Bu iradenin açık veya aleni bir şekilde ortaya konulması şart değildir. Sır sahibinin davranışlarından dahi anlaşılıyorsa artık gizleme iradesi var denilebilecektir. Burada sır sahibi sırrın öğrenilmesini ya engellemeli ya da engeller yaratmalıdır. Engel yaratma anlamında yukarıda verdiğimiz örnekteki gibi şifreleme yöntemleri uygulanabilir veya günümüzde kişilerin çok sık kullandığı sosyal medya hesaplarında herkese açık hesaplar kullanmayıp paylaşımlar yapması halinde, o paylaşımın sadece belirli bir grup tarafından biliniyor olması onun sır özelliğini koruyacaktır. Bu gibi davranışlar sır sahibinin gizleme iradesinin ortaya koyan örneklerdir.

Doktrinde¹¹ sır sahibinin davranışlarından gizleme iradesinin anlaşılamadığı durumlarda; örneğin; kişinin ölmüş olması ya da bitkisel hayatta olması gibi hallerde sırrın gizlenmesindeki yarara göre karar verileceği belirtilmektedir. Bir başka görüş¹² sır sahibinin sadece aleni olamamasının ve menfaatinin bulunmasının o şeyi sır yapmayacağını belirtmektedir. Menfaati bulunan her şey sır olarak kabul edilemez. Somut olayın özelliğine göre o hususun sır olduğunun tespiti gerekmektedir. Örneğin; bir kişinin şeref ya da onurunu zedeleyecek bir rahatsızlığı varsa hekim bunu sır kabul

⁸ Erem, Ceza Hukukunda Meslek Sırrı, s. 37.

⁹ Donay, Meslek Sırrının Açıklanması Suçu, s.4.

¹⁰ Erem, “Avukatlık Sırrı”, s. 839.

¹¹ Donay, ss. 5-6.

¹² Erem, Ceza Hukukunda Meslek Sırrı, s. 37.

etmeli fakat bir kaza neticesi ayağının kesilmesi, nezle sebebiyle tedavi olması gibi durumlarda artık bu haller sır kapsamında değerlendirilemeyecektir.

Kanaatimizce Kişisel Verilerin Korunması Kanunun yürürlüğe girmesi ve globalleşen dünya düzenine uygun olarak kanunda düzenlenen suç tipleri göz önünde alındığında artık bu görüşün isabetsiz olduğu açıktır. Nitekim bu görüşü savunan Erem'e göre; nüfus memurunun üçüncü bir şahsın izni olmaksızın sisteme bakarak yaşını söylemesi, evlenme memurunun evlilik tarihini kişinin rızası olmaksızın verebilmesi gibi hallerin sır kapsamında değerlendirilemeyeceğini ifade etmiştir. Yazarın bu örnekleri günümüzde sıkça karşılaşılan kişisel verilerin korunmasının ihlali niteliğindedir¹³.

Genel olarak sır kavramına değindikten sonra meslek sırrı kavramından ne anlaşılması gerektiğini açıklamak gerekir. Meslek sırrı kavramının doktrinde; *“meslek sahibi tarafından meslek icrası esnasında öğrenilen sır”*¹⁴, *“mesleki faaliyet neticesinde öğrenilen sır”*¹⁵, *“kişilerin hayatlarını kazanmak için yaptıkları faaliyet sırasında hizmet verdikleri kişi hakkında veya onlar aracılığıyla üçüncü kişiler hakkında öğrendikleri, doğrudan doğruya meslekle ilgili olan ve açıklandığı zaman sır sahibini maddi ve manevi zarara uğratabilecek nitelikte olan bilgi, şeyi olay ve olgulardır.”*¹⁶ gibi tanımları bulunmaktadır. Sır kavramının taşınması gereken koşullar burada da geçerli olup tanımdan da yola çıktığımızda; önemli olan ilk husus öğrenilen sırrın meslek ile arasında bir nedensellik bağlantısı bulunması gerektiğidir. Örneğin; bir sağlık mesleği mensubuna arkadaşının sohbet esnasında anlattığı hususlar meslek sırrı olarak kabul edilemeyecektir. Meslek sırrının konusunu doğrudan doğruya kişiye ait sırlar oluşturmaktadır. Bu nedenle kişiye ait olmayan sırlar bakımında meslek sırrının ifşası gibi bir durum söz konusu olmayacaktır. Örneğin; devlet güvenliği aleyhine istihbari bilgilerin meslek sırrı olarak kabul edilmesi mümkün değildir¹⁷.

¹³ Erem, Ceza Hukukunda Meslek Sırrı, s. 37.

¹⁴ Donay, s.11.

¹⁵ Erem, Ceza Hukukunda Meslek Sırrı, s. 37.

¹⁶Hamide Zafer, “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK M. 280)”, İ.Ü. Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 71, Sayı: 1, Prof. Dr. Füsün Sokullu Akıncı'ya Armağan, İstanbul, 2013, s.1327.

¹⁷ Aynı yazar eve tedavi için çağırılan hekimin orada tanık olduğu hususları meslek sırrı olarak kabul etmemektedir Donay, s. 7.

Bir diğ er önemli husus sır a vakıf olma durumudur. Sır, mesleğ in icrası sırasında sır sahibinin beyanıyla doğ rudan  ğrenilebileceğ i gibi meslek mensubunun tecrübeleriyle öğrenilmesi de mümkün olabilir.  rneğ in; bir hekim muayene esnasında bir bulguya ulaşırsa artık bu da meslek sırrı olarak kabul edilecektir. Meslek sırrı olayın ya da olgunun yalnızca meslek ile ilgili esas kısmını değ il detaylarını da kapsamaktadır.  rneğ in; hastanın intihar ettiğ ini ve intiharı öncesi bipolar bozukluk sebebiyle tedavi g rd ğ  n  söylemesi halinde olaya ilişkin bütün beyanlar meslek sırrı kapsamından kabul edilecektir. Bu açıklanan hususlar doğ rultusunda bilimsel amaçla yazılan bir çalışmada hastaya ya da vakiya ilişkin hiçbir şahsi bilgi vermeksizin, kişinin kimliğ i anlaşılmayacak şekilde bahsedilmesi meslek sırrı kapsamında değ erlendirilmeyecektir¹⁸. Bu sebeple aynı hassasiyet sağlık mesleğ i mensuplarının özellikle hekimlerin hastaları ya da vakalar konusunda birbirlerinde danışmaları halinde de gösterilmelidir. Hastanın kimliğ i anlaşılmayacak şekilde ve yalnızca bilimsel istiaşare maksadı ile paylaşımda bulunulmalıdır.

Doktrinde¹⁹ hekimin hasta hakkında  ğrendiğ i her şeyin sır olarak değ erlendirilmemesi gerektiğ i ifade edilmektedir.  rneğ in; hastanın etrafındaki herkes tarafından bilinen ve basit olarak nitelendirilebilecek bir enfeksiyon sebebiyle hekime müracaat etmesi halinde bu durumun artık meslek sırrı olarak kabul edilmemesi gerektiğ i çünkü korunması için bir hukuki menfaatin bulunmadığ ı ifade edilmektedir. Korunması için hastanın ayrıca açık bir şekilde sır olarak kalmasını istediğ ini ifade etmesi gerekir denmektedir.

Kanaatimizce meslek sırrının kapsamına ilişkin bu şekilde varsayımsal ve hukuki temelden yoksun sınırlar çizilmesi isabetsizdir. şöyle ki; yazar yine aynı eserinde hasta ile hekim arasındaki güven ilişkisinin altını çizerek meslek sırrının saklanması konusunda hassas davranılması gerektiğ ini vurgularken öte yandan sübjektif sınırlar çizerek meslek sırrı kavramını giderek daraltmaktadır. Kaldı ki yukarıda ifade ettiğ imiz üzere sır sahibinin olay ya da olgunun gizli kalmasına ilişkin iradesini ayrıca ve açıkça ortaya koyması gerekmemektedir. Davranışlarından dahi anlaşılması yeterlidir. Aksi bir bakış açısı hastayı sürekli bir stres altında tutacak ve

¹⁸ Erem, Ceza Hukukunda Meslek Sırrı, s. 51.

¹⁹ Büyükay, ss. 386-387.

hekim ile arasındaki güven ilişkisine gölge düşürecektir. Nitekim yine aynı eserde mutlak surette olmamak kaydıyla herkes tarafından hoş karşılanamayacak (Bu ifade yine hukuki dayanaktan yoksun sınırı aşan sübjektif bir ifadedir) evli olmayan bir kadının gebeliği ya da AIDS hastası olma gibi hallerin otomatik bir şekilde meslek sırrı kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır²⁰.

B. SIR ve MESLEK SIRRI KAVRAMLARININ KİŞİSEL VERİ HUKUKU ile İLİŞKİSİ

1. Genel olarak Kişisel Veri Kavramı ve Bu Kavramın Tarihsel Gelişimi

Dijitalleşen dünyada teknolojinin hızla gelişmesiyle beraber bilişim sistemlerinin kullanımı giderek artmıştır. Geleneksel bilgi ve belge metotları yerini bilişim sistemlerine ve teknolojik alternatiflere bırakarak yeni bir çağın kapılarını aralamış oldu. Bu gelişim süreci beraberinde birçok teknik, kurumsal ve hukuksal düzenleme ihtiyacı doğurdu. Çünkü mevcut düzen içerisinde ortaya çıkabilecek hukuka aykırı eylemlerin bir yaptırıma bağlanması veya mevcut düzenin hukuki düzlemde nasıl işlemesi gerektiğinin belirlenmesi ihtiyacı vardı. Bu sebeple “*İnsan Hakları ve Özgürlüklerinin Korunmasına Dair Avrupa Sözleşme*”sinin yürürlüğe girdiği 1953 yılından bu yana çeşitli düzenlemeler yapılmıştır. Kişisel veri hukukunun tarihçesine bakıldığında, genel olarak 1970’li yıllarda teknolojinin gelişiminin ve yayılmasının başladığı; bu tarihlerde düzenlemeler yapılmaya başlanmışsa da her ülkenin gelişmişlik seviyesi ve ihtiyaçları çerçevesinde bazı ülkelerde 80’li hatta 90’lı yıllarda kanunlaşma süreçlerinin başladığı görülmektedir²¹. Bu süreci takiben 1973 yılında ulusal bazda ilk düzenleme yapan ülke İsveç olmasına rağmen global anlamda ilk kişisel verilerin korunmasına ilişkin kanun çıkaran ülke Almanya’dır. Almanya’nın Hessen eyaletinde 1970 tarihinde veri koruma yasası yürürlüğe girmiştir. 1973 tarihinde ise Federal Veri Koruma Yasası (Bundesdatenschutzgesetz) yürürlüğe girmiştir. Bu düzenlemeyi Fransa’da 1978 yılında yürürlüğe giren Legifrance ve 1984 yılında Birleşik Krallıkta yürürlüğe giren Data Protection Act izlemiştir. Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Organizasyonu tarafından 1980 yılında mahremiyetin korunmasının sınırlarını belirleyen Privacy Guidelines yayınlanmıştır. 1 Ekim 1985

²⁰ Büyükay, “Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü”, s. 387.

²¹ Nil Melek Gültekin, Kişisel Verilerin Ceza Hukuku Yönünden Korunması, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, Mayıs 2012, s. 23.

yılında ise 108 nolu “*Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi*” yürürlüğe girmiştir. Bu sözleşme ile imzacı devletlere iç hukuklarında sözleşme kapsamında düzenleme yapma yükümlülüğü getirilmiştir. Bu sözleşme üye ülkede bulunan vatandaşların uyruğu veya ikamet ettiği yer fark etmeksizin kendileriyle ilgili kişisel verilerin otomatik işleme tabi tutulduğu hallerde özel yaşam haklarını koruma altına almıştır. Bu sözleşme Türkiye tarafından her ne kadar 28 Ocak 1981 tarihinde imzalanmış ise de onaylanması ve resmi gazetede yayınlanması 18.02.2016 tarihinde gerçekleşmiştir²². Birleşmiş Milletler ise 14 Aralık 1990 tarihinde “*Bilgisayarla İşlenen Kişisel Veri Dosyalarına İlişkin Rehber İlkeler*” yayımlayarak kişisel verilerin işlenmesi hususunda dikkat edilmesi gereken noktalar ilkeleştirilmiştir.

Tüm bu düzenlenmelerden esinlenerek Avrupa Birliği Hukukunda kişisel verilerin korunmasına ilişkin birçok hukuki düzenleme yapılmıştır. İlk olarak 25 Ekim 1998 tarihinde yayımlanan “*95/46 Sayılı Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Serbest Dolaşımında Gerçek Kişilerin Korunmasına Dair Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi Yönergesi*”dir. Bu yönerge ile Avrupa Birliğine üye ülkelere arasında yapılan düzenlemelerin yeknesak olması hedeflenmiştir. Bu şekilde üye ülkelerde eşit seviyede kişisel verilerin korunması sağlanacak ve farklı uygulamaların önüne geçilebilecekti²³. Yine Avrupa Birliği kurumları bakımından 2018/1725 sayılı yönetmelikte önem taşımaktadır. Avrupa Birliği gelişen teknolojik gelişmeler ve kişisel veri alanında yaşanan ihlallerin artması üzerine ortaya çıkan ihtiyaçlara yanıt vermek adına belki de en önemli düzenleme 2016 yılında Avrupa Parlamentosu, Avrupa Konseyi ve Avrupa Komisyonu tarafından yayınlanan 2016/679 sayılı Genel Veri Koruma Tüzüğüdür. Yine “*Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı*”nın 8. maddesinde “*Herkes, kendisine ilişkin kişisel bilgilerinin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu tür bilgiler, belirtilen amaçlar için ve ilgili kişinin muvafakatine veya yasada öngörülen başka meşru temele dayalı olarak adil şekilde kullanılmalıdır. Herkes, kendisi hakkında toplanmış olan bilgilere erişme ve bunlarda düzeltme yaptırma hakkına sahiptir.*”²⁴ demek suretiyle kişisel veriler koruma altına alınmıştır.

²² Batuhan Aktaş, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Açısından Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu, Dar Yayınları, İstanbul, 2017, s. 63.

²³ Aktaş, s. 64.

²⁴ <https://www.avrupa.info.tr/tr/avrupa-birligi-temel-haklar-bildirgesi-708>, (09.02.2020)

Son olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kişisel veriler hususunda yaklaşımının anlaşılması için Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine bakmak gerekir. Mahkeme kişisel veri bakımından “*Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi*”nin 2. maddesinin a bendinde yer alan “*belirli ya da belirlenebilir bir gerçek kişiye ait herhangi bir bilgi*” tanımını esas almaktadır. Avrupa İnsan Hakları sözleşmesi bakımından ise her ne kadar kişisel verilere ilişkin ayrı bir düzenleme bulunmasa da AİHS m. 8 “*Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.*” demek suretiyle özel hayatın gizliliği kapsamında değerlendirilmiştir. Mahkeme taraf devletlerin kişisel verilerin korunmasına devletlerin pozitif ve negatif yükümlülüklerinin bulunduğunu ve keyfi her türlü müdahalenin 8. maddenin ihlali anlamına geleceği ifade edilmiştir. Mahkeme kişisel verilerin işlenmesinin ne zaman özel hayatın gizliliğini ihlal edeceğini belirlerken; kişisel verinin kaydedilme şartları, kullanım şekli, kayıt altına alındığı süre ve kişilerin erişim imkanlarının olup olmadığı gibi kriterleri dikkate aldığı görülmektedir²⁵.

Ülkemizde ise 1989 yılından itibaren kişisel verilerin korunması için çalışmalar başlamış olup 2010 yılında Anayasamızın 20. maddesinin 3. fıkrasında “*Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir*” demek suretiyle kişisel verilerin korunmasına ilişkin büyük ve önemli bir adım atılmıştır. Bu hükme 28 Ocak 1981 tarihinde imzalamış olduğumuz 108 nolu “*Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi*”nin etkisi olduğu açıktır. Ülkemiz bakımından en önemli düzenleme 7.4.2016 tarihli Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’dur.

²⁵ McGinley ve Egan v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 21825, Gaskin v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 10454/83, Haralambie Romanya, Başvuru No: 213737/03., Aktaş, s. 67.

Tüm bu tarihsel gelişim süreci değerlendirildiğinden 1950li yıllardan başlayan kişisel verilerin korunmasına ilişkin düzenleme yapılması hareketinin zamanla ivme kazandığı ve günümüzde halen devam ettiği görülmektedir.

Bu sebeple çalışmamızın temel kavramlarından olan “sır” kavramını değerlendirirken “kişisel veri” kavramıyla birlikte değerlendirmek kanımızca yerinde olacaktır. Çünkü “sır” kavramının kapsamına aslında birçok “kişisel veri” girmektedir. Kişisel veri kavramının ne olduğuna değinmeden önce ise kişilik hakkı kavramından kısaca ne anlamız gerektiği önem arz etmektedir.

Kişilik hakkı *“kişinin kişisel değerlerinin tümü üzerinde geçerli olan, insan onurunu temel alarak kendini geliştirebilmesini garanti almasını sağlayan manevi kişisel ve maddi olmayan değerler bütünü”* dür. Hukuk düzeni kişiye, kişi olması sebebi ile bu hakkı tanımaktadır²⁶. Bu hak aslında kişiye kendini serbestçe geliştirme imkanı tanımakta ve bunu korumaktadır. Bunun sağlanabilmesi için genel olarak kişilik hakkı kişiye gözetlenmeksizin yalnız kalabileceği özel bir alan yaratmakta ve bu alanı istediği kişilerle paylaşmak hususunu kişinin takdirine bırakmaktadır. Bu kapsamda kişinin başta özel hayatı yani mahremiyet alanı ele alınacağında kişisel verilerinin korunması da doğrudan kişilik hakkı güvencesiyle olacaktır. Çünkü mahremiyet kavramının temelde iki fonksiyonu bulunmaktadır. Bunlar kişiye ait gizlilik düşüncesinin varlığına olan saygının geliştirilmesi diğeri de tıp biliminin temel amaçlarından olan hastaya sunulan sağlık hizmetlerinin geliştirilmesi ve iyileştirilmesidir. Teknolojide olan büyük değişim ya da hasta ve hekim arasındaki ilişkinin artık çok yönlü olması mahremiyet kavramının varlığını ve fonksiyonlarını ortadan kaldırmayacaktır²⁷.

Yukarıda da bahsettiğimiz üzere gelişen dünya düzeni ile geleneksel dar mahrem alanlarının yerini daha geniş alanlar almış ve kişilerin bu özgürlük alanlarına yapılan saldırıların büyük çoğunluğu aslında kişisel verilerine yapılan saldırılar niteliğindedir. Örneğin; bir hastanın hasta bilgilerine ilişkin sosyal medyada rızası dışında bir bilginin paylaşılması hem özel hayatının gizliliğine ilişkin ağır bir ihlal

²⁶ Hamide Zafer, Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması (TCK m. 132-134), Beta Yayınları, İstanbul, 2010, s. 60 vd., Doktrinde maddi-bedensel ve manevi- ticari değerlerde kişilik hakkı içerisinde yer aldığını savunan görüşler vardır. Oğuz Şimşek, Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2008, s. 134.

²⁷ M. Cumhur İzgi, “Mahremiyet Kavramı Bağlamında Kişisel Sağlık Verileri”, Türkiye Biyoetik Dergisi, Cilt:1, Sayı:1, 2014, s. 33.

olup hem de kişisel verilerini doğrudan ilgilendiren bir hukuka aykırılık olacaktır. Bu örnekten de açıkça görüleceği üzere kişilik hakkı kişiye kişisel verilerinin akıbetini tayin etme hak ve yetkisi vermektedir. Kişinin başta hassas nitelikteki verileri olmak üzere bütün kişisel verilerinin kamu düzeni tarafından korunması bir hukuk devletinin temel yükümlülüğüdür.

Kişisel veri kavramı uluslararası mevzuat bakımından ilk olarak 1980 tarihli “OECD Kişisel Verilerin Sınırışan Trafığı ve Verilerin Korunmasına İlişkin Rehber İlkeleri”nde 1. maddenin b bendinde “belirli veya belirlenebilir bir kişiye ilişkin her türlü bilgi” şeklinde tanımlanmıştır. Uluslararası alanda şu an en güncel düzenleme olan 2016/679 sayılı “Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü”nün 4. maddesine göre kişisel veri “tanımlanmış veya tanımlanabilir bir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgidir”²⁸. Ulusal hukukumuz bakımından ise ilk kez benzer bir şekilde 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunun 3. maddesinin d bendinde kişisel veri kavramı “Kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi” şeklinde tanımlanmıştır²⁹. Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi de birçok kararında bu düzenlemeler ile paralel tanımlar yapmıştır³⁰.

²⁸<https://www.kisiselverilerin korunmasi.org/wp-content/uploads/2017/09/GDPR-T%C3%BCrk%C3%A7e-%C3%87eviri-AB-Bakanl%C4%B1%C4%9F%C4%B1.pdf>, (27.01.2020)

²⁹ Hükmün gerekçesinde ise; “Kişisel veri, kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgiyi ifade etmektedir. Yalnızca ad, soyad, doğum tarihi ve doğum yeri gibi kişinin kesin teşhisini sağlayan bilgiler değil, kişinin fiziki, ailevi, ekonomik, sosyal ve sair özelliklerine ilişkin bilgiler de kişisel veridir. Bir kişinin belirli veya belirlenebilir olması, mevcut verilerin herhangi bir şekilde bir gerçek kişiyle ilişkilendirilmesi suretiyle, o kişinin tanımlanabilir hale getirilmesini ifade eder. Bu durum, kişinin fiziksel, ekonomik, kültürel, sosyal veya psikolojik kimliğini ifade eden somut bir içerik taşıması veya kimlik, vergi, sigorta numarası gibi herhangi bir kayıtla ilişkilendirilmesi sonucunda kişinin belirlenmesini sağlayan tüm halleri kapsar.” Denerek kişisel veri kavramı detaylı bir şekilde açıklanmıştır., <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5388/Madde-ve-Gerekcesi-ile-Kisisel-Verilerin-Korunmasi-Kanunu-Bilgi-Notu-ve-Kisisel-Verilerin-Korunmasina-Iliskin-Terimler-Sozlugu>, (27.01.2020)

³⁰ “Bununla birlikte gerçek kişiyle ilgili her türlü bilgi, kişisel veri olarak kabul edilmelidir. Suç tanımında kişisel verilerin bilgisayar ortamında veya kağıt üzerinde kayda alınması arasında bir ayırım gözetilmemiştir. TCK’nun 136. maddesinde tıpkı 135. maddesinde olduğu gibi korunan hukuki değer genel olarak kişilerin özel hayatı ve hayatın gizli alanı, özelde ise kişisel verilerdir. Bu düzenlemeler ile tüm kişisel veriler koruma altına alındığından kişisel verilerin mutlaka gizli olması zorunlu değildir. Gizli olmayan ve herkes tarafından bilinen kişisel veriler de hukuka aykırı eylemlere karşı korunmalıdır.” Yrg. CGK, 17.06.2014 Tarih ve Esas: 2012/12-510, Karar: 2014/331,(www.kazanci.com.tr), (27.01.2020),

“... “kişisel veri” kavramından, kişinin, yetkisiz üçüncü kişilerin bilgisine sunmadığı, istediğinde başka kişilere açıklayarak ancak sınırlı bir çevre ile paylaştığı nüfus bilgileri (T.C. kimlik numarası, adı, soyadı, doğum yeri ve tarihi, anne ve baba adı gibi), adli sicil kaydı, yerleşim yeri, eğitim durumu, mesleği, banka hesap bilgileri, telefon numarası, elektronik posta adresi, kan grubu, medeni hali, parmak izi, DNA’sı, saç, tükürük, tırnak gibi biyolojik örnekleri, cinsel ve ahlaki eğilimi, sağlık bilgileri, etnik kökeni, siyasi, felsefi ve dini görüşü, sendikal bağlantıları gibi kişinin kimliğini belirleyen veya belirlenebilir kılan, kişiyi toplumda yer alan diğer bireylerden ayıran ve onun niteliklerini ortaya

Doktrinde ise kişisel veri kavramının “genel olarak gerçek kişilerle ilgili hemen hemen her şey, gerçek kişilerle ilgili her türlü veri ve bilgi”³¹, “belirli veya kimliği belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin tüm veriler”³² gibi tanımları bulunmaktadır. Kişisel verileri genel olarak ikiye ayırmak mümkündür. Kişinin varoluşundan kaynaklanan kişisel bilgileri ve bilişim toplumunda yer almanın getirisi olarak kendisine verilen kişisel veriler olmak üzere ikiye ayrılabilir³³. Kişinin adı, soyadı, sahip olduğu kronik rahatsızlıklar gibi bilgileri ilk türe; kişinin sosyal güvenlik numarası, kredi kartı şifresi gibi bilgileri ise ikinci türe örnek verilebilecektir.

Yine kişisel verilerin nesnel veya öznel nitelikte olması önem arz etmemektedir. Örneğin; bir hastanın kan tahlilinin sonucu, kişinin göz rengi, ortalama geliri de kişisel veri olup onun mektuplarındaki düşünceleri, üçüncü bir şahısla yaptığı whatsapp konuşmalarının dökümü, kişinin gururlu, sorumsuz gibi kişiliğine ilişkin yapılan değerlendirmeler de kişisel veri niteliğindedir³⁴. Ayrıca kişisel veri olarak nitelendirebilmek için verinin bulunduğu ortamın, saklanma biçiminin veya işleniş şeklinin bir önemi bulunmamaktadır. Akustik, sayısal, fotografik, görsel, grafiksel, alfabetik gibi herhangi bir biçimde veya formda var olması yeterlidir. Örneğin; kişinin fotoğrafının çekilmesi, sesinin telefona kaydedilmesi, konuşmalarının kâğıda

koymaya elverişli, gerçek kişiye ait her türlü bilginin anlaşılması gerekir.” Yrg. 12. Cd., 13.04.2016 Tarih, 2016/9759 Esas, 2017/10938 Karar, (www.karararama.yargitay.gov.tr), (27.01.2020), “Kişisel veri kavramı, belirli veya kimliği belirlenebilir olmak şartıyla, bir kişiye ilişkin bütün bilgileri ifade etmektedir. Bu bağlamda adı, soyadı, doğum tarihi ve doğum yeri gibi bireyin sadece kimliğini ortaya koyan bilgiler değil; telefon numarası, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, özgeçmiş, resim, görüntü ve ses kayıtları, parmak izleri, IP adresi, e-posta adresi, hobiler, tercihler, etkileşimde bulunulan kişiler, grup üyelikleri, aile bilgileri, sağlık bilgileri gibi kişiyi doğrudan veya dolaylı olarak belirlenebilir kılan tüm veriler kişisel veri kapsamındadır. Kişinin bedensel ya da zihinsel sağlığına ilişkin kaydedilmiş bilgilerinin tamamından oluşan sağlık bilgileri, aralarında bireyin ırk, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep veya diğer inançları, dernek, vakıf ve sendika üyeliği, özel yaşamları ve her türlü mahkûmiyetleri ile ilgili verilerin de bulunduğu “hassas” veya “özel niteliği olan” kişisel veriler kategorisinde yer almakta olup, bu yönüyle özel bir öneme sahiptir.” AYM, 09.04.2014 tarih ve Esas: 2013/122, Karar:2014/74, AYM, 25.12.2014 Tarih ve Esas: 2014/74, Karar:2014/201, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/>, (27.01.202)

³¹ Metin Turan, Karşılaştırılmalı Hukukta Kişisel Verilerin Korunması, Güncellenmiş İkinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, ss. 56-57.

³² Volkan Dülger, Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, Hukuk Akademisi Yayınları, İstanbul, 2019, s. 4., Elif Küzeci, Kişisel Verilerin Korunması, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018, s. 9.

³³ Dülger, Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, ss. 1-2.

³⁴ Hüseyin Can Aksoy, Medeni Hukuk ve Özellikle Kişilik Hakkı Yönünden Kişisel Verilerin Korunması, Çakmak Yayınevi, Ankara, 2010, s. 14 vd., Şeyma Sert, Kişisel Verilerin Türk Ceza Kanunu Kapsamında Korunması, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s.27., İbrahim Korkmaz, Kişisel Verilerin Ceza Hukuku Kapsamında Korunması, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara, 2019, s.31., Dülger, Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, s. 89., Melike Köse Aysun, Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu (TCK m. 135), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1. Baskı, 2018, s. 27.

yazılması, telefon bankacılığında müşterinin sesinin görüşme esnasında kayıt altına alınması, ifade alınması esnasında yapılan video kayıtları gibi³⁵.

Tüm bu açıklamalar doğrultusunda kişisel veri kavramının üç unsuru bulunduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Bir verinin bulunması, bu verinin kimliği belirli veya belirlenebilir bir kişiye ait olması ve son olarak verinin bu kişiye ilişkin olması. Bu unsurları genel hatlarıyla açıklamanın çalışmamız açısından faydalı olduğu kanaatindeyiz.

Öncelikle veri kavramına değinmek gerekmektedir. Veri kavramı kelime olarak; “*Olgu, kavram veya komutların, iletişim, yorum ve işlem için elverişli biçimli gösterimi*” anlamında gelmektedir³⁶. 5651 sayılı “*İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun*”unun 2. maddesinin 1. fıkrasının k bendinde veri kavramı “*Bilgisayar tarafından üzerinde işlem yapılabilen her türlü değeri*” şeklinde tanımlanmıştır. Görüldüğü üzere veri kavramının birden fazla net ve açık olmayan tanımı bulunduğu için aralarında her ne kadar teknik farklılıklar bulunsa da yararlandıkları hukuki korumaların aynı olması sebebiyle doktrinde ve uluslararası kaynaklarda veri; bilgi veya enformasyon kavramalarının birbiri yerine kullanıldığı görülmektedir³⁷. Doktrinde bu husus tartışmalı olup bu kavramların birbirinden farklı olması nedeniyle bu şekilde kullanımların hatalı olduğu ifade edilmektedir³⁸. Yine veri kavramını “*bilgisayar verisi*”, “*elektronik veri*” gibi kategorilere ayırmak kişisel verilerin korunması amacından uzaklaşılmasına sebep olacaktır. Çünkü günümüzde gelişen teknoloji sayesinde bazı teknolojik araçlar ve sistemlerin (örneğin; veri depolanmasını sağlayan harici diskler gibi) kullanılması durumunda kişisel verilerin

³⁵ Dülger, Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, s. 9, Sert, Kişisel Verilerin Türk Ceza Kanunu Kapsamında Korunması, s.26., Aksoy, s. 15, Yusuf Yaşar, “Bir Suçun İspatı Amacıyla İletişimin Kayda Alınmasının Hukuki Niteliği”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:4, Sayı:4, Ankara, Temmuz 2013, s. 382., Metin Turan, Karşılaştırılmalı Hukukta Kişisel Verilerin Korunması, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara, 2019, s. 57., Köse Aysun, s. 29.

³⁶ <https://sozluk.gov.tr/>.

³⁷ Çetin Arslan, Avrupa Birliği Hukukunda Kişisel Verilerin Üçüncü Ülkelere Aktarılması, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayını No : 70, Galatasaray Hukuk Fakültesi Yayını No : 49, Cilt:1, 2010, s. 450., Korkmaz, s. 3031., Dülger, Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, ss. 6-7., Aksoy, s. 11.

³⁸ Veri ve bilgi kavramlarının birbirinden farklı olduğunu savunan yazarlar da vardır. Bakınız: Sert , ss.25-26., Küzeci, s. 9.

ihlali yaptırımsız kalacaktır. Kaldı ki kanunda kişisel veri veya veri tanımı yapılırken böyle bir ayrıma başvurulmamıştır³⁹.

Verinin gizli olması gerekli değildir. Başkalarınca bilinen aleni hususlar da kişisel veri kapsamında değerlendirilebilecektir⁴⁰. Kişinin üzerindeki kıyafetlere veya evinin, arabasının görünüşüne dair özellikler aleni olmasına karşın yine kişisel veri niteliğindedir⁴¹. Yukarıda kişisel verilerin nitelendirilmesindeki önemli hususlara ek olarak bir verinin kişisel veri olarak kabul edilmesinde doğru ya da yanlış olması önem arz etmemektedir. Kişisel verinin doğruluğunun ispatlanması aranmaksızın önemli olan belirli ya da belirlenebilir bir kişiye ait olmasıdır. Nitekim başta veri sahipleri olmak üzere ilgili kişilerin kişisel verilerinin doğru olup olmadığını kontrol etmek hakkına sahip olması ve kişisel verilerinin yanlış olması halinde düzeltilmesi konusunda mevzuatta veri ilgililerine yükümlülük getirilmiş olması yanlış kişisel verilerin de koruma altında olduğunu göstermektedir. Çünkü yanlış bir kişisel veri doğru bir kişisel veriden daha çok zarara neden olabilecektir⁴².

Veri kavramından ne anlamamız gerektiği hususu aydınlatıldıktan sonra en önemli nokta kişisel verilerin hangi alanları kapsadığıdır. Kişisel veriler yalnızca kişinin özel hayatına ilişkin gizli verilerle sınırlı değildir. Bireyin çalışma hayatı, ekonomik yaşantısı, kendini gerçekleştirmek adına diğer insanlarla ilişki kurmak ve geliştirmek adına ortaya koyduğu sosyal davranışları da bu kapsamda değerlendirilecektir⁴³. Keza özel hayat kavramının geniş yorumlanması gerekmekte olup yalnızca kişinin konutu içerisinde dört duvar arasında kalan sınırlı bir alan olmayıp aynı zamanda kamusal alandaki yaşantısı veya profesyonel iş veya iş doğasından kaynaklı faaliyetlerin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerekmektedir. Örneğin; kişi dışarı çıktığı takdirde görüleceği, konuşmalarının duyabileceğini kabul ederek dışarı çıkar. Fakat bunların kayıt altına alınması veya fotoğrafının çekilmesi halinde artık rızası dışında bir hal söz konusu olduğu ve dışarı çıkması bunu kabul ettiği varsayımını doğurmadığı için özel hayatının gizliliğine aykırı hareket edilmiş

³⁹ Veli Özer Özbek, “Elektronik Ortamda Saklı Bulunan Verilerin Ceza Muhakemesinde Delil Niteliği ve Değerlendirilmesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:59, Sayı:1-2, İstanbul, 2001, s. 197.

⁴⁰ Dülger, Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, ss. 8-9.

⁴¹ Aksoy, s.18, Korkmaz, s.30,

⁴² Sert, Kişisel Verilerin Türk Ceza Kanunu Kapsamında Korunması, s.27., Korkmaz, ss.31-33, Aysun, s.28.

⁴³ Dülger, Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, s. 8., Aysun, s. 28.

olacaktır. Kaldı ki yalnızca kişisel verilerin korunması bakımından yapılan hukuki düzenlemeler özel hayatın gizliliğinin bütününe kapsayamamaktadır. Çünkü özel hayatın gizliliği ve özel hayat kavramlarının sınırlı ve net bir şekilde tanımlanması mümkün değildir. Gelişen teknoloji çağı ve toplumun ulaştığı gelişmişlik seviyesi değerlendirildiğinde özel hayat kavramının içeriğini sınırlı bir şekilde saymak ya da belirlemek mümkün değildir. Kişisel veri gibi bazı kavramlar özel hayat ile ilişkilendirilebilir fakat özel hayat kavramını tanımlamaya başlı başına yeterli olmamaktadır⁴⁴.

Kişisel verinin bir diğer unsuru ise kimliği belirli veya belirlenebilir bir kişinin bulunmasıdır. Burada temel olarak tartışmalı olan husus kişi kavramından ne anlaşılması gerektiğidir. Kimliği belirli veya belirlenebilir kişiden ne anlamız gerektiği Kişisel Verilerin Korunması Kanununun 3. maddesinin gerekçesinde: *“Bir kişinin belirli veya belirlenebilir olması, mevcut verilerin herhangi bir şekilde bir gerçek kişiyle ilişkilendirilmesi suretiyle, o kişinin tanımlanabilir hale getirilmesini ifade eder. Bu durum, kişinin fiziksel, ekonomik, kültürel, sosyal veya psikolojik kimliğini ifade eden somut bir içerik taşıması veya kimlik, vergi, sigorta numarası gibi herhangi bir kayıtla ilişkilendirilmesi sonucunda kişinin belirlenmesini sağlayan tüm halleri kapsar”* şeklinde açıklanmak istenmiştir. Burada önemli olan husus Kişisel Verileri Koruma Kanunu 3/d maddesi gereğince yalnızca gerçek kişilerin bu kapsamda kabul edileceğidir⁴⁵. Belirlilik ya da belirlenebilirlik kavramları her somut olayın özelliklerine göre belirlenmelidir. Çünkü bazen kişinin belirlenmesi için destekleyici yan veriler de gerekli olabilir. Örneğin; bir hastanın yalnızca adıyla kayıtlarının tespit edilemeyip yaşı, vücut yapısı, hastalığına konulan tanı gibi yan hususlarla ayırt edilmesi mümkün olabilir⁴⁶.

Doktrinde ise baskın görüş⁴⁷ kişisel verilerin korunmasındaki temel amacın bireyin temel hak ve özgürlükleri olması sebebiyle, bunun bir insan hakkı olduğu ve

⁴⁴ Güçlü Akyürek, Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1. Baskı, 2011, s. 43 vd.

⁴⁵ Ölen kişiler bakımından kişisel verilerin kapsamına ilişkin tartışma için bakınız: Aksoy, s.21.

⁴⁶ Sabire Senem Yılmaz, Tıp Alanında Kişisel Verilerin Açıklanması Suçu, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 45.

⁴⁷ Dülger, Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, s. 9, Aysun, s. 33, Turan, s. 59.,

Hakim görüşe katılan bir başka görüş ise; 24 Temmuz 2012 tarihli ve 28363 sayılı “Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelik”in 3. maddesinin h bendinde kişisel verinin “belirli veya kimliği belirlenebilir gerçek ve tüzel kişilere ilişkin bütün bilgiler” şeklinde tanımlandığı belirterek bu yönetmelik haricinde kalan durumlar

yalnızca gerçek kişileri kapsayabileceği şeklinde ifade edilmektedir. Nitekim Kişisel Verilerin Korunması Kanununda da yalnızca gerçek kişilere ait kişisel veriler koruma kapsamına alınmıştır.

Burada önem arz eden husus tüzel kişiye ait olduğu açık olup gerçek kişi ile ilişkilendirilebilen verilerin bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususudur. Bizim de katıldığımız baskın görüşten hareketle tüzel kişilik hukuk dünyasında var olup gerçek bir kişiden bağımsız olarak mevcudiyetini devam ettiremeyeceğinden tüzel kişiliğe ait veriler eğer gerçek bir kişi ile ilişkilendirilip ve gerçek kişinin de belirlenebildiği hallerde artık kanun kapsamında korunması gerekmektedir. Örneğin; bir inşaat firmasının internet sitesinde çalışanlarının özgeçmiş bilgilerinin yayınlanması hali gibi. Yine bu görüşü destekleyenlere göre özel hayat kavramının yalnızca gerçek kişiler bakımından mümkün olabileceği tüzel kişiler bakımından kişisel veri kavramı değil de “ticari sır”, “ticari gizlilik” gibi kavramların mümkün olabileceği ifade edilmektedir⁴⁸. Nitekim TCK m. 239⁴⁹ ile tüzel kişilere ait kişisel veriler “ticari sır” olarak korunmaktadır.

Aksi görüşü savunan yazarlar ise⁵⁰ Türk Ceza Kanunu’nda kişisel verilerin korunmasına ilişkin düzenlenen suçlar bakımından başta TCK m. 135’te “gerçek kişi

bakımından koruma kapsamına yalnızca gerçek kişilere ait kişisel verilerin gireceği ifade edilmektedir. Sert, Kişisel Verilerin Türk Ceza Kanunu Kapsamında Korunması, ss.29-31, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin de tüzel kişilere ait verilerin koruma kapsamında değerlendirilemeyeceğini içeren kararları için bakınız: Gülay Arsan Öncü, Özel Yaşama ve Aile Yaşamına saygı Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi(8), Avrupa Konseyi Yayınları, Ocak 2019, ss. 80-82.

⁴⁸ Durmuş Tezcan, “Bilgisayar Karşısında Özel Hayatın Korunması”, Anayasa Yargısı Dergisi, Sayı:8, Anayasa Mahkemesinin 29. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu, Ankara, 25-27 Nisan 1991, s. 389.

⁴⁹ “Madde 239- (1) Sıfat veya görevi, meslek veya sanatı gereği vakıf olduğu ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgeleri yetkisiz kişilere veren veya ifşa eden kişi, şikayet üzerine, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Bu bilgi veya belgelerin, hukuka aykırı yolla elde eden kişiler tarafından yetkisiz kişilere verilmesi veya ifşa edilmesi halinde de bu fıkraya göre cezaya hükmolunur. (2) Birinci fıkra hükümleri, fenni keşif ve buluşları veya sınai uygulamaya ilişkin bilgiler hakkında da uygulanır. (3) Bu sırlar, Türkiye’de oturmayan bir yabancıya veya onun memurlarına açıklandığı takdirde, faile verilecek ceza üçte biri oranında artırılır. Bu halde şikayet koşulu aranmaz. (4) Cebir veya tehdit kullanarak bir kimseyi bu madde kapsamına giren bilgi veya belgeleri açıklamaya mecbur kılan kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.”

⁵⁰ Aydın Akgül, Danıştay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014, s. 15., Ersan Şen, “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Son Tasarısı”, <https://www.hukukihaber.net/kisisel-verilerin-korunmasi-kanunu-son-tasarisi> makale.3742.html, (09.02.2020), Yine paralel bir görüşe göre ise tüzel kişilerin kişisel verilerinin hukuka aykırı olarak işlenmesi halinde gerçek kişilerin kişilik hakları da zarar görebilecektir. Çünkü tüzel kişiler de kuruldukları andan itibaren hak sahibi olabilmekte ve borç altına girebilmektedirler. Nitekim Türk Medeni Kanun’un 48. maddesinde “Tüzel kişiler, cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün haklara ve borçlara ehildirler.” demek suretiyle

ile ilgili her türlü bilgi” denerek açık ve net bir şekilde kişisel veri kavramının tanımı yapılmamıştır. Mağdur bakımından bir sınırlama getirilmediği için tüzel kişilerin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Hükmün gerekçesinde kişisel veri kavramını tanımlarken gerçek kişi ile ilgili her türlü bilgi denmesinin öneminin bulunmadığı gerekçe ile değil hüküm ile bağlı olduğumuzu ifade etmektedirler. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin hükümlerde korunan hukuki değerler arasında özel hayatın gizliliği de bulunduğu için her ne kadar gerçek kişilerinki kadar olmasa da tüzel kişilerin de ticari hayatları özel hayatın gizliliği kapsamında korunmalıdır. Bununla birlikte unutulmamalıdır ki 108 sayılı Avrupa Konseyi Sözleşmesi gereğince ülkeler kendi iç hukuklarında yaptıkları düzenlemeler ile tüzel kişilerin de kişisel verilerinin korunacağına ilişkin kapsamı genişletecek düzenlemeler yapmaları mümkündür. Nitekim Avusturya, Danimarka, İtalya, Lüksemburg, İzlanda, Norveç, İsviçre gibi ülkeler tüzel kişilerin kişisel verilerinin de koruma kapsamına alan düzenlemeler yapmışlardır⁵¹.

Yukarıda ifade edildiği üzere Kişisel Verilerin Korunması Kanununun 3. maddesinin gerekçesinde kişinin belirli olması ve belirlenebilmesini sağlayan hallerden ne anlaşılması gerektiğini açıkça belirtilmişti. Bu açıklamadan hareketle doktrinde kişinin belirli olması; *“o kişinin bulunduğu grubun diğer üyelerinden ayırt edilebilmesi”*⁵², *“veriyi elinde tutan ya da veriye erişim sağlayabilecek olan herhangi bir kişi ya da kurumun kendi güç ve yetenekleri çerçevesinde ulaştığı netice”*⁵³ gibi doktrinde birçok tanımlama bulunmaktadır. Bir kişinin kimliğinin belirlenmesi doğrudan olabileceği gibi dolaylı yoldan da olabilecektir. Örneğin; kişinin vatandaşlık numarası, fotoğrafları, video kayıtları, tıbbi sonuçları gibi veriler kişinin kimliğini doğrudan tespit etmeyi sağlarken kişinin yaşı, bulunduğu sosyal çevre, ev adresi, iş adresi, cep numarası, sosyal güvenlik numarası gibi bilgiler ile kimliğinin dolaylı yoldan belirlenmesi mümkündür. Çünkü bazen bilgiler doğrudan kişiye ilişkin değil

bu husus açık bir şekilde ortaya konulmaktadır. Doruk Gönen, Tüzel Kişilerde Kişilik Hakkı ve Korunması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 99. Bir başka görüş ise tüzel kişilik bünyesinde çalışan muhasebeci, müdür, görevli gibi kişilerde bulunan verilerin dahi koruma kapsamında olmaması gerektiğini ifade etmektedir. Halil Kalabalık, İnsan Hakları Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s.199.

⁵¹ Korkmaz, s. 37, Akgül, s. 10, Aksoy, s. 26, Aysun, s. 32,

⁵² Rezzan İtişgen, “Türk Ceza Hukukunda Kişisel Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme veya Ele Geçirme Suçu”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 6, Sayı:23, Ankara, Ekim 2015, s. 183,

⁵³ Aksoy, ss. 26-27.

öncelikle bir nesneye ilişkin olabilecektir. Burada nesneye ait bir bilginin kişisel veri olarak kabul edilebilmesi için kullanılacak kriter nesne ile ait olduğu kişi arasındaki yakınlıktır.⁵⁴ Örneğin; kimseye ait olmayan bir evin fiziki özellikleri veya fiyatı kişisel veri sayılmazken belirli bir kişiye ait olması halinde artık evin bilgileri kişisel veri niteliğinde sayılacaktır. Yine araç plakaları, IP adresi gibi örnekler de nesne ile kişi arasındaki ilişkiye örnek verilebilecektir⁵⁵. Kişinin kimliğinin hangi bilgilerle doğrudan ya da dolaylı olarak tespit edileceği somut olayın özelliklerine göre belirlenecektir. Ortalama bir insan tarafından imkanları dahilinde yapılacak makul bir araştırma neticesinde kişinin kimliğinin belirli ya da belirlenebilir olması gerekir⁵⁶. Örneğin; soy isim o ülkede yaygın kullanılıyorsa kişinin belirlenmesinde yeterli olmaz iken bir öğrenciyi sınıfı içerisinde daha küçük bir gruptan ayrılarak tanınmasını sağlayabilecektir⁵⁷.

Ayrıca bazı durumlarda yalnızca isim ya da soy isim kişinin belirlenebilir olması için yeterli olmayıp yan bilgiler de gerekebilir ya da isme ihtiyaç olmaksızın kişi belirlenebilir. Örneğin; kişinin sosyal medya paylaşımlarının takibi amacıyla IP adresinin ve cihazının lokasyonunun tespiti halinde buradan edinilen bilgilerle kimliği tespit edilebileceği gibi paylaşımlarından yola çıkarak psikolojik, felsefi, siyasi veya ekonomik görüşlerinin tespiti mümkün olabilecektir.

Yukarıda genel hatlarıyla kişisel verinin unsurlarına değindik. Son olarak belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişiye ait kişisel veriler bakımından istisna niteliği taşıyan anonim hale getirme işleminden bahsetmek gerekir. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun 3. maddesinde: “*Kişisel verilerin, başka verilerle eşleştirilerek dahi hiçbir surette kimliği belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişiyle ilişkilendirilemeyecek hâle getirilmesi*” şeklinde kişisel verinin anonim hale getirilmesi tanımlanmıştır. Burada artık veri belirli veya belirlenebilir bir kişiye ait olmadığından artık korunması gereken bir kişisel veri niteliğinde değildir. Nitekim yine aynı kanunun 28. maddesinin 1. fıkrasının b bendinde “*Kişisel verilerin resmi istatistik ile anonim hâle getirilmek suretiyle araştırma, planlama ve istatistik gibi*

⁵⁴ Dülger, Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, s.10. Nesne ile veri sahibi arasındaki ilişkiyi içerik, amaç ve sonuç olmak üzere üç bölümde inceleyen bir görüş te bulunmaktadır. Bakınız: Korkmaz, s. 47 vd.

⁵⁵ Aysun, s. 33.

⁵⁶ Sert, Kişisel Verilerin Türk Ceza Kanunu Kapsamında Korunması, s.34.

⁵⁷ Aysun, s. 34.

amaçlarla işlenmesi” halinde artık bu kanunun hükümlerinin uygulanmayacağını belirterek istisna kapsamında kabul etmesi de artık kişisel veri niteliğın kalmadığını ve koruma kapsamında olmadığının bir göstergesidir. Son olarak kişisel verinin bir kişiye ait olması veya onun ile ilgili olması gerekmektedir.

2. Kişisel Veri kavramının Tıp Hukukundaki Yeri

Yukarıda kişisel veri kavramına ve unsurlarına genel hatlarıyla değindik. Bu bölümde hassas(özel nitelikli kişisel veri) veri kavramına ve kişisel sağlık verisi kavramlarına değinerek kişisel verilerin tıp hukukundaki yerini genel hatlarıyla açıklayacağız.

Kişisel sağlık verisinin ne olduğuna değinmeden önce hassas veri kavramından ne anlamamız gerektiğı önem arz etmektedir. Hassas veri doktrinde⁵⁸; açıklanması halinde kişinin toplumda ayrımcılığa uğramasına ya da ötekileştirilmesine neden olan veri; şeklinde tanımlanmaktadır. Hassas verilerle korunan hukuki değeri genel olarak kişilik hakları olduğu için bu verilerin ifşa edilmesi halinde kişinin ayrımcılığa uğrama riski diğer verilere nazaran yüksektir⁵⁹. Bu sebeple hassas veriler bakımından özel koruma düzenlemeleri getirilmiş ve bu verilere müdahale edilebilmesi için kamu yararının ağır bastığı istisnai hallerin olması aranmıştır⁶⁰.

Uluslararası mevzuata bakıldığında 108 nolu “*Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi*”nin “*Özel Veri Kategorileri*” başlığıyla 6. maddede “*iç hukukta güvenceler sağlanmadıkça, ırksal kökeni, siyasi düşünceleri, dini veya diğer inançları ortaya koyan kişisel veriler ile sağlık veya cinsel hayatla ilgili kişisel veriler otomatik işleme tabi tutulamaz*” şeklinde hassas veriler bakımından ayrı bir koruma öngörmüştür. Yine aynı yönerge hasta sağlığına ilişkin HIV virüsü taşıyıcılığı, cinsel yaşamı gibi bütün verileri kişisel veri olarak kabul etmiştir. Bu tür verilerin işlenebilmesi için tereddüte yer bırakmayacak şekilde açık bir rızanın bulunması gerekmektedir. Burada rızanın varlığının tespiti her olayın özelliklerine göre sağlık mesleğı mensubu tarafından takdir edilecektir⁶¹.

Yine 2016/679 sayılı Avrupa Birliğı Genel Veri Koruma Tüzüğüünün 9. maddesinde “*İrk veya etnik köken, siyasi görüşler, dini veya felsefi inançlar ya da*

⁵⁸ Sert, Kişisel Verilerin Türk Ceza Kanunu Kapsamında Korunması, s. 39,

⁵⁹ Şimşek, s. 88, Başalp, s. 43. Bu görüşün aksi olarak hassas/özel veri gibi ayrımların yapılmaması gerektiğı ifade eden görüşler için bakınız: Korkmaz, s. 54 vd.

⁶⁰ Şimşek, s. 88.

⁶¹ Yılmaz, s.54.

sendika üyeliğinin ifşa edildiği kişisel verilerin işlenmesi ve bir gerçek kişinin kimlik teşhisinin yapılması amacıyla genetik veriler ile biyometrik verilerin, sağlık ile ilgili verilerin veya bir gerçek kişinin cinsel yaşamı veya cinsel eğilimine ilişkin verilerin işlenmesi yasaktır” demek suretiyle benzer bir şekilde hassas verilerin korunduğu görülmektedir. Ulusal mevzuatımız bakımından ise Kişisel Verileri Koruma Kanunu’nun 6. maddesinde “*özel nitelikli veri*” kavramı tercih edilerek 1. fıkrasında kişilerin “*ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri*” özel nitelikli kişisel veri olarak düzenlenmiştir⁶². Kanunda yapılan bu sayım özel nitelikte olmayan kişisel verilerin aksine sınırlayıcı bir sayımdır. Bu sebeple sayılan veriler dışından kalan kişisel veriler artık özel nitelikli veri olarak kabul edilemeyecektir⁶³. Yine TCK’nın 135. maddesinin 2. fıkrasında “*Kişisel verinin, kişilerin siyasi, felsefi veya dini görüşlerine, ırkı kökenlerine; hukuka aykırı olarak ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin olması durumunda birinci fıkra uyarınca verilecek ceza yarı oranında artırılır*” demek suretiyle hassas kişisel veriler bakımından daha ağır bir cezai yaptırım öngörülmüştür.

Hassas veri çeşitleri bakımından doktrinde bir görüş birliği bulunmayıp geniş bir kapsamı olduğunu belirtmek gerekir⁶⁴. Çalışma konumuz TCK kapsamında bulunan Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi suçu olduğundan bu suç ile ilişkili hassas veriler üzerinden açıklama yapmayı yeterli gördük. Kişinin sağlık durumuna ilişkin her türlü sağlık verisi ulusal ve uluslararası mevzuatta hassas veri kategorisinde kabul edilmektedir. Başta Dünya Sağlık Örgütü’nün Anayasası ve ulusal düzenleme anlamında 23420 sayılı Hasta Hakları Yönetmeliği gereğince sağlık kavramı yalnızca hasta olmama hali değil aynı zamanda “*bedensel, zihinsel ve sosyal olarak tam iyilik hali*” olarak tanımlanmaktadır.

⁶²<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5388/Madde-ve-Gerekcesi-ile-Kisisel-Verilerin-Korunmasi-Kanunu-Bilgi-Notu-ve-Kisisel-Verilerin-Korunmasina-Iliskin-Terimler-Sozlugu.>, (10.02.2020).

⁶³ Dülger, Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, s. 14.

⁶⁴ Hassas veri çeşitleri bakımından doktrindeki görüşler için bkz: Sert, Kişisel Verilerin Türk Ceza Kanunu Kapsamında Korunması, s. 41 vd.

Bu tanımdan yola çıkarak kişiler yaşamlarını iyi bir şekilde sürdürebilmek, sosyal bir varlık olarak kendilerini kabul ettirebilmek ve onurlu bir yaşam sürebilmek için en azından belirli bir düzeyde sağlıklı olmaya ihtiyaç duymaktadırlar⁶⁵.

Sağlık hakkı ise; İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi 25. maddesinde “*gerek kendisi gerek ailesi için yiyecek, giyim, konut, tıbbi bakım ve gerekli sosyal hizmetler de dahil olmak üzere sağlık ve refahını sağlayacak uygun yaşam düzeyine ve işsizlik, hastalık, sakatlık, yaşlılık veya geçim olanaklarından kendi iradesi dışında yoksun bırakacak başka durumlarda herkesin sahip olması gereken güvence hakkı*” şeklinde tanımlanmıştır⁶⁶. Kişinin sağlık hakkını kullanırken gerekli her türlü sağlık faaliyeti için kişisel verilerini paylaşması gerekmektedir. İşte bu noktada kişisel sağlık verisini tanımlamak gerekir.

Kişisel sağlık verisi; 30808 sayılı “*Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik*” m. 4/1-j’de “*Kimliği belirli ya da belirlenebilir gerçek kişinin fiziksel ve ruhsal sağlığına ilişkin her türlü bilgi ile kişiye sunulan sağlık hizmetiyle ilgili bilgileri*” şeklinde tanımlanmaktadır. Kişisel sağlık verilerine örnek olarak; hastanın arşiv kayıtları, anamnez kayıtları, teşhis ve tedavisine ilişkin bütün gözlemler, ilaç kutuları üzerine ilacın kullanımına ilişkin hekim tarafından yazılan notlar, kontrol muayenesinde yapılan şeker ve tansiyon ölçümü notları⁶⁷, sağlık raporları, tahlil sonuçları, hasta dosyası, ilaç dökümü, psikolojik durumunda ilişkin tutulan terapi notları, hastaya uygulanan tedavi yöntemleri, epikriz (çıkış özeti)⁶⁸, hastanın DNA örnekleri, parmak izi⁶⁹ gibi örnekler verilebilecektir. Fakat belirtmek gerekir ki hastaya ait her tıbbi kayıt bir kişisel veri iken hastaya ait her kişisel veri bir tıbbi kayıt olmayabilir. Örneğin; hastanın cep numarası, vatandaşlık sicil numarası gibi⁷⁰.

Burada kısaca hekimler tarafından tutulan alternatif tıbbi kayıtlara değinmekte fayda vardır. Bu kayıtlar hekimin hukuken tutması gereken kayıtlardan ayrı olarak

⁶⁵ Özgür Temiz, Türk Hukukunda Sağlık Hakkı ve Bir Kamu Hizmeti Olarak Sağlık, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2013, s. 4, Bayram Metin, “Sağlık Hakkı”, Sağlık Akademisyenleri Dergisi, Cilt:4, Sayı:1, 2017, s. 48.

⁶⁶ Ünal Er, Sağlık Hukuku, Savaş Yayınevi, 1. Baskı, Ocak 2008, s. 31.

⁶⁷ Caner Taştan, Hekimin Kayıt Tutma Yükümlülüğü Kapsamında Tıbbi Kayıtlar, On iki levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, 2017, s. 47, 51.

⁶⁸ Türk Dil Kurumu’nun Hemşirelik Terimleri Sözlüğünde “*Hastalığın tedavisinin bitiminde, hastalığın durumu ve uygulanan sağaltım konusunda hekim tarafından yazılan özet bilgi, hastalık özeti.*” şeklinde tanımlanmaktadır. <https://sozluk.gov.tr/>, (13.02.2020)

⁶⁹ Yılmaz, s. 49.

⁷⁰ Taştan, s. 70.

mesleki faaliyeti ile ilgili farklı sebeplerle tutulan kayıtlardır. Örneğin; mesleki gelişim adına vakıalarla ilgili kendine bir arşiv oluşturması veya hastanın psikolojik durumunun etkilenmemesi, kendine zarar verme riski taşıması veya tedavi red etmesi gibi hastalığın hastadan gizlendiği hallerde ikinci ve ayrı bir kayıt tutulabilmektedir. Bu kayıtların da kişisel sağlık verileri kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir⁷¹. Bunlar çoğu zaman sağlık hakkının kullanılması karşılığında paylaşılması zorunlu olan kişisel sağlık verileridir. Hastanın öyküsünün alınması, hasta dosyasının hazırlanması veya tetkiklerinin geçmişinin tutulması hastanın menfaatine olacak ve sunulacak sağlık hizmetini daha etkin ve güvenilir bir hale getirecektir. Fakat burada önemli olan husus bütün bu kişisel sağlık verilerinin hastayı etkileyen ve kimse tarafından bilinmemesi gereken bilgiler olması nedeniyle bireyin doğrudan hak ve özgürlüklerini etkilediğinden özel hayatının gizliliği ile ilgili olup mahrem alanı içerisindedir. Kişi bu verilerin ifşa edilmesi halinde işsiz kalma, toplum içinde dışlanma ya da utanç duygusu, ticari itibarının zedelenmesi gibi birçok olumsuz neticeyle karşılaşabilecektir⁷². Bu sebeple kişisel sağlık verileri daha sıkı korunması gereken veriler olup ağır hak ihlallerinin önlenmesi adına gizli tutulması gerektiğinin ve sır saklama yükümlülüğünün bulunduğu unutulmaması gerekir. Bu gizlilik hem hastanın mahremiyet hakkına saygı duyulmasının bir gereği hem de sağlık mesleği mensuplarına ve sağlık hizmetlerine olan güvenin sarsılmamasını da gerektirir.

Yine gelişen teknoloji karşısında bilişim sistemlerinin sağlık hizmetlerinde de yaygınlaşmasına sebep olmuştur. Çünkü elektronik tıbbi kayıtlar kağıt üzerinde dosyalarca kaydın tek elde toplanmasını sağlayarak istendiğinde hızlı ve kolay bir şekilde kayıtlara ulaşma, tekrar tekrar aynı tetkiklerin yapılmasının önüne geçilmesi, hastanın istediğinde kişisel sağlık verilerine kolaylıkla ulaşabilmesi, tedavinin doğru planlanmasını kolaylaştırma ve başta hekimler olmak üzere sağlık mesleği mensuplarının kontrol edilmesi gibi birçok fayda sağlamaktadır⁷³. Bu sebeple artık tüm kamu ve özel hastanelerde hasta giriş veya yatış kayıtları, dosyaları, SGK kayıtları, eczane kayıtları ve buna benzer bütün kayıtlar bir veri merkezinde

⁷¹ Alternatif Tıbbi Kayıtların hukuka uygunluğu bakımından detaylı tartışma için bakınız: Taştan, s. 58.

⁷² Vesile Güven, Sağlık Hukukunda Tıbbi Kayıtların Tutulmasından ve Saklanması Doğan Sorumluluk, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s.90.

⁷³ Taştan, s. 72.

toplanmaya çalışılmaktadır. Bu amaç doğrultusunda sağlık hizmetlerinin sunumu için yeni modeller geliştirilmekte olup, hastanın merkezinde olduğu kişisel sağlık verilerinin yoğun bir şekilde kullanıldığı elektronik sağlık kaydı sistemleri üretilmiştir⁷⁴. Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun 3. maddesinin f bendi gereğince *“herkesin sağlık durumunun takip edilebilmesi ve sağlık hizmetlerinin daha etkin ve hızlı şekilde yürütülmesi maksadıyla, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarınca gerekli kayıt ve bildirim sistemi”* kurulabilecektir. Bu sistem, e-Devlet uygulamalarına uygun olarak elektronik ortamda da oluşturulabilecek ve bu amaçla, Sağlık Bakanlığınca, bağlı kuruluşları da kapsayacak şekilde ülke çapında bilişim sistemi kurulabilecektir. Bunun ülkemizdeki yansıması MEDULA adı verilerin tüm sağlık bilgilerinin toparlandığı geniş bir sistemdir. Bu sistem kendi alt yapısı altında optik, eczane, doktor ve hastane olmak üzere dörde ayrılmaktadır. Yine buna benzer bir mantıkla geçmişten bu yana kurulan başta Sağlık.Net2 olmak üzere e-Nabız⁷⁵, GEBLİZ (Gebe,Lohusa), Aşınnet (Yenidoğan ve Aşılama), Kalıtsal Kan Hastalıkları Bildirim, 15-49 Yaş Kadın İzleme, Acil Servis Ünitesi İntihar Girişimi Kayıtları, MORBİD Obez Hasta Bilgi

⁷⁴Erdal Musoğlu ve diğerleri, “İkibinli Yıllar Türkiye’inde Sağlıkta Bilgi Stratejileri; Tıp Bilişimi Derneği Çalışma Grupları Sonuç Raporu”, Ulusal Sağlık Tanımlayıcısı ve Elektronik Sağlık Kayıtları, TÜBİTAK Yayınları, Ankara, 2001, s. 10, <https://turkmia.net/file/ikibinli-yillar.pdf>, (11.02.2020).

⁷⁵ Muayene, tetkik ve tedavilerin nerede yapıldığına bakılmaksızın, tüm sağlık bilgilerinin yönetebildiği, tıbbi özgeçmiş tek bir yerden ulaşabilen bir kişisel sağlık kaydı sistemidir. Bizzat ilgili kişinin verdiği, süresi ve sınırı belirlenmiş yetki çerçevesinde sağlık kayıtlarınızın hekimlerce değerlendirilebildiği, böylelikle teşhis ve tedavi sürecinin kalitesini ve hızını artıran, hasta ile hekim arasında güçlü bir iletişim ağının kurulmasını sağlayan, internet üzerinden güvenli bir şekilde erişebilen dünyanın en geniş ve en kapsamlı sağlık bilişim alt yapısıdır. https://enabiz.gov.tr/document/KILAVUZ_.pdf, (11.02.2020).

e-Nabız uygulamasının hassas verilerin korunmasına ilişkin yetersiz oluşu ile ilgili detaylı tartışmalar için bakınız: Taşatan, s. 73, Yılmaz, s. 51.

Formu, Hastane Bilgi Yönetimi Sistemleri⁷⁶, TELETIP⁷⁷, USVS⁷⁸, USBS(14 Mart 2012’de güncellenerek USVS 2.0 olarak adlandırılmıştır.)⁷⁹ gibi birçok program kullanılmaktadır⁸⁰.

Yukarıda adı geçen sağlık sistemlerinden 02.08.2013 tarihinde Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 73. maddesinin “h” fıkrasının 3. bendi ile yasallaşan Sağlık.Net2 sisteminin geliştirilerek tüm kişisel sağlık verilerinin tek bir merkezde toplanmasını sağlaya e-Nabız sistemine geçilmiştir.

Doktrinde e-Nabız sisteminin her ne kadar teşhis ve tedavi süreçleri bakımından sunulan hizmetleri daha kaliteli hale getirip hastanın bilgi edinme hakkını daha kolay kullanmasını sağlayacak olsa da kişisel sağlık verilerinin gizliliği ve güvenliği sağlama noktasında eleştirilmektedir⁸¹. Gerekçe olarak ise; öncelikle e-

⁷⁶ “HBYS, bilgisayar programları ve etkileşim içinde olduğu hastanelerin yapmış olduğu işlemleri bilgisayar üzerinde gerçekleştiren yazılımlar grubuna verilen genel addır. HBYS içerisinde laboratuvar, radyoloji gibi tetkik birimlerinde gerçekleştirilen tüm operasyonlardan, ameliyathane, hastane eczanesi, sicil veya insan kaynakları birimlerine varıncaya kadar farklı uzmanlıklar üzerine çalışan birçok yazılımın bir araya gelerek oluşturduğu yazılım grubu demek olduğunu anlamak gerekir. Hastane bilgi yönetim sistemlerinde gerçekleştirilen Tetkik operasyonlarında cerrahi operasyonlarda izleme dinleme operasyonlarında kullanılan tıbbi cihazlar ile bütünlük olarak yani tıbbi standart dil formatında da haberleşerek bilgi alış verişinde bulunabilir. Örneğin PACS yapılarında mamografi, DI, MR, tomografi gibi cihazlardan görüntü alıp bunları birlikte çalıştığı diğer programlara verebilmelidir.” <https://dijitalhastane.saglik.gov.tr/TR,4881/hbys-hastane-bilgi-yonetim-sistemi.html>, (11.02.2020).

⁷⁷ “T.C. Sağlık Bakanlığı Teletıp Sistemi radyolojik tetkiklere ait görüntülere 7x24 web ortamında erişilmesine, bu görüntülerin raporlanabilmesine, radyologlar arası telekonsültasyon yapılabilmesine, tıbbi görüntü ve raporların kalite açısından değerlendirilebilmesine ve e-Nabız uygulaması üzerinden vatandaşlar ile paylaşılabilmesine olanak sağlayan bir sistemdir”, <https://teletip.saglik.gov.tr/#service>, (11.02.2020).

⁷⁸ “Ulusal Sağlık Veri Sözlüğü (USVS), ülkemizdeki sağlık kurumlarında kullanılmakta olan, hastane bilgi sistemlerinin referans olarak kullanacağı bir sözlük çalışmasıdır. Sözlük, farklı kategorilerde veri kümelerinin olduğu hiyerarşik terimler arası ilişkilerden oluşmaktadır. Bununla birlikte USVS, bir veri sözlüğü niteliği taşımayan; ancak Sağlık Kodlama Referans Sunucusu (SKRS) bünyesinde yer alacak ve yine ülke çapında referans olarak kullanılacak olan kodlama ve sınıflandırma sistemlerinin tanımlarını da barındırmaktadır.”, <https://e-saglik.gov.tr/TR,7141/usvs.html>, (11.02.2020).

⁷⁹ “USBs tüm vatandaşları kapsayan, her bireyin kendi bilgilerine erişebildiği, bireyin doğumundan önce başlayıp tüm yaşamı boyunca sağlığıyla ilgili verilerden oluşan işlevsel bir veri tabanının, yüksek bant genişlikli ve tüm ülkeyi kapsayan bir iletişim omurgasında paylaşılması ve tele-tıp uygulamalarına varan teknolojilerin mesleki pratikte kullanılmasını temel alan elektronik kayıt sistemidir. Bu sistem ayrıca sağlık hizmeti sunan tüm kurum ve kuruluşların insan gücü, taşınmaz, taşınmaz, idari ve mali verilerini de kayıt altına alacak şekilde tasarlanmıştır.”, <https://e-saglik.gov.tr/TR,6212/sagliknet-hakkinda.html>, (11.02.2020).

Bu sistemde toplamda 65 tane veri seti bulunmakta olup kişisel ve özel birçok veri sistemde kayıt altına alınmaktadır. Kimlik bilgileri, adres, iletişim bilgisi, sağlık geçmişi, cinsel partner bilgisi, gebelik bildirimi, alkol ve sigara bağımlılığı gibi birçok veri sisteme kaydedilmektedir. Güven, s.70.

⁸⁰ Yılmaz, ss. 50-51.

⁸¹ Yılmaz, s. 102.

Nabız sisteminin hukuki dayanağına bakıldığında 663 sayılı “Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşların Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname” olduğu bir diğer yasal dayanak olarak ise 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu’nun 3. maddesinin 1. fıkrasının f bendi olan “Herkesin sağlık durumunun takip edilebilmesi ve sağlık hizmetlerinin daha etkin ve hızlı şekilde yürütülmesi maksadıyla, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarınca gerekli kayıt ve bildirim sistemi kurulur. Bu sistem, e-Devlet uygulamalarına uygun olarak elektronik ortamda da oluşturulabilir. Bu amaçla, Sağlık Bakanlığınca, bağlı kuruluşları da kapsayacak şekilde ülke çapında bilişim sistemi kurulabilir.” hükmü olduğu görülmektedir.

Hükme bakıldığında Sağlık Bakanlığı’na sunulan yetkinin genel bir yetki olduğu bu hüküm ile tüm ülkeye ait kişisel sağlık verilerini tek bir tabanda toplayabileceği sonucuna varılamamaktadır. Bu kapsamda hastanın regl tarihi, intihar teşebbüsleri, düşük sayısı, cinsel hayatı, aile planlaması yöntemleri, HIV bilgilerine kadar yalnızca teşhis ve tedavi ile ilgisi bulunmayan birçok kişisel sağlık verisi bu sistemde depolanarak ilgili merciler bu verilerin aktarımı ve dağıtımı sağlanmaktadır⁸². Bu veriler toplanırken herhangi bir sınıflandırma yapılmaksızın sürekli bir şekilde toplanması devam etmektedir. Bu durum Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun 4. maddesinde belirtilen kişisel verilerin işlenmesinde işlenen amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma ilkesine açık bir şekilde aykırılık teşkil etmektedir. Hükümün gerekçesinde bu ilke; “İşlenen kişisel verilerin, belirlenen amaçların gerçekleştirilebilmesine elverişli olmasını, amacın gerçekleştirilmesiyle ilgili olmayan veya ihtiyaç duyulmayan kişisel verilerin işlenmesinden kaçınılmasını gerektirmektedir. Sonradan ortaya çıkması muhtemel ihtiyaçların karşılanmasına yönelik veri işlenebilmesi için, kişisel verilerin işleme şartlarının ayrıca sağlanmış olması gerekecektir. Yine işlenen veri, sadece amacın gerçekleştirilmesi için gerekli olanla sınırlı tutulacaktır. Ölçülülük ilkesi, veri işleme ile gerçekleştirilmesi istenen amaç arasında makul bir dengenin kurulması anlamına gelmektedir. Yani veri işlemenin, amacı gerçekleştirecek ölçüde olması demektir” şeklinde açık bir şekilde ifade edilmiştir.

⁸² Yılmaz, s. 51.

Yine e-Nabız sistemine giriş yöntemlerinin üç şekilde yapılabileceği Sağlık Bakanlığı tarafından açıklanmıştır. Bunlar kişinin elektronik imza kullanması, E-Devlet şifresini kullanması veya aile hekimliğine müracaat ederek geçici şifre temin edilmesi yoluyla olabilecektir. Bu giriş yöntemleri göz önünde bulundurulduğunda kişinin bilgilerini paylaşmak hususunda bir irade beyanı olduğu sonucuna varmak mümkün değildir. Çünkü hastaların kişisel sağlık verilerinin sistemdeki süreçleriyle ilgili detaylı bir şekilde aydınlatılmamaktadır.

Bu duruma dikkat çekmek amacıyla 03.12.2013 tarihinde henüz e-Nabız sistemine geçilmeden de aynı sorunların var olduğu Sağlık.Net döneminde Türk Tabipleri Birliği, Türk Diş Hekimleri Birliği, Türk Eczacılar Birliği ve Türkiye Barolar Birliği'nin yaptığı bir basın açıklamasında; *“Kişisel sağlık bilgilerinin elektronik ortamda kayıt altına alınması, depolanması, işlenmesi ve paylaşımı konusunda; kişisel hak ve özgürlükler korunarak sistemle ilgili hukuksal ve teknik düzenlemeler yapılmalı, bu düzenlemelerde verinin gerçek sahibinin sağlık hizmeti sunanların değil, kişi olduğu dikkate alınmalıdır. Amaç dışı kullanımlar açısından yaşanmış olaylar ile olası tehlikeler ve riskler de göz önünde tutularak her türlü hukuksal ve güvenlik önlemleri alınmalıdır. Gerek uygulama gerekse de güvenlik konusunda başta devlet olmak üzere sağlık hizmetinin uygulanmasında yer alan kişi ya da kurumların yetki ve sorumlulukları açık olarak belirtilmelidir”* şeklinde doktrindeki görüşleri destekler bir değerlendirme sunmuşlardır⁸³. Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin kararları da bu doğrultudadır⁸⁴.

⁸³ https://www.istanbuleczaciiodasi.org.tr/?page=haberler&news_ID=4282, (13.02.2020).

⁸⁴ AYM 25.12.2014 Tarih ve 2014/74 Esas 2014/201 Karar Nolu 29364 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan kararda 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun *“Sağlık hizmeti sunucularının kayıt ve bildirim zorunluluğu ve kontrol yetkisi”* başlıklı 78. maddesinin 2. fıkrası iptal edilmiştir.

“Sağlık bilgilerinin ne şekilde korunacağı, ulusal güvenlik nedeniyle sağlık bilgisi paylaşımına açılmayacak kişilerin tespiti ilgili bakanlıkların önerisi üzerine Bakanlıkça tespit edilir. (Ek cümle: 17/4/2008-5754/66 md.) Bu kişi ve grupların sağlık bilgilerinin nasıl tutulacağı ilgili kuruluşların görüşleri alınarak hazırlanacak yönetmelik ile düzenlenir.” şeklinde düzenlenen İptal edilen fıkranın *“Kişisel verilerin korunması hakkı, kişinin insan onurunun korunmasının ve kişiliğini serbestçe geliştirebilmesi hakkının özel bir biçimi olarak, bireyin hak ve özgürlüklerini kişisel verilerin işlenmesi sırasında korumayı amaçlamaktadır.*

Bilişim teknolojilerindeki gelişmeler sonucunda, geleneksel yöntemlerle mümkün olmayan çok sayıda verinin toplanabilmesi; daha önce birbirinden ilişkisiz şekilde tutulan pek çok verinin merkezi olarak bir araya getirilebilmesi; verilerin, veri eşleştirme ve veri madenciliği gibi ileri teknolojik imkânlarla analize tabi tutulmak suretiyle, veriden yeni veriler üretme kapasitesinin artması; verilere erişim ve veri transferinin kolaylaşması; kişisel verilerin ticari işletmeler için kıymetli bir varlık niteliği kazanması neticesinde, özel sektör unsurlarınca yaratılan risklerin daha yaygın ve önemli boyutlara ulaşması ve

Yine bu sistem kapsamında toplanan kişisel sağlık verilerinin nerede, hangi güvenlik yöntemleriyle, ne kadar süreliğine depolandığının, kimlerle hangi sınırlara kadar paylaşılacağı konusu, ne ilgili hukuki düzenlemeler de ne de Sağlık Bakanlığınca sisteme ilişkin hazırlanan portalda ifade edilmemiştir⁸⁵.

Bu durum başta Anayasamızın 20. maddesinin 3. fıkrası olan “Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir” hükmüne aykırılık teşkil etmektedir.

Ayrıca “Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun”un 10. maddesi olan “Herkes, kendi sağlığıyla ilgili bilgiler bakımından, özel yaşamına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Herkes, kendi sağlığı hakkında toplanmış herhangi bir bilgiyi öğrenme hakkına sahiptir. Bununla beraber, bireylerin, bilgilendirilmeme istekleri de gözetilecektir” hükmüne yine aykırılık teşkil etmektedir.

Son olarak Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 20. maddesi olan “İlgili mevzuat hükümleri ve/veya yetkili mercilerce alınacak tedbirlerin gerektirdiği haller dışında; kişi, sağlık durumu hakkında kendisinin, yakınlarının ya da hiç kimsenin bilgilendirilmemesini talep edebilir. Bu durumda kişinin kararı yazılı olarak alınır. Hasta, bilgi verilmemesi talebini istediği zaman değiştirebilir ve bilgi verilmesini talep

terör ve suç örgütlerinin kişisel verileri ele geçirme yönündeki faaliyetlerinin artması gibi etkenler, günümüzde kişisel verilerin en üst seviyede korunmasını zorunlu kılmaktadır.

Bu bağlamda Anayasa’nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasının son cümlesinde, “Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.” hükmüne yer verilerek kişisel verilerin korunması hakkı anayasal güvenceye bağlanmış ve bu şekilde kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı koruma altına alınmıştır. Yasama yetkisinin devredilemezliği ilkesi gereğince, Anayasa’nın açıkça kanunla düzenlenmesini öngördüğü konularda yürütmeye organına doğrudan ve ilk elden düzenleyici işlem yapma yetkisi verilemez. Kurumun faaliyet alanı kapsamında elde ettiği sağlık bilgilerinin korunması, paylaşılması ve tutulmasına yönelik usul ve esasları belirleme yetkisini Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına veren itiraz konusu kurallar, Anayasa’nın 20. maddesinde öngörülen kişisel verilerin korunmasına ilişkin usul ve esasların ancak kanunla düzenlenebileceğine ilişkin güvenceye aykırıdır.”

gereğesiyle

iptaline

karar

verilmiştir.,

<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/0e1371e0-2293-43f9-9201-711f645e48b7?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> (13.02.2020)

⁸⁵ Taşatan, ss. 72-74.

edebilir” hükmü ve 23. maddesinin 1. fıkrası olan “Sağlık hizmetinin verilmesi sebebiyle edinilen bilgiler, kanun ile müsaade edilen haller dışında, hiçbir şekilde açıklanamaz” hükümlerine aykırılık teşkil etmektedir⁸⁶.

Yukarıda açıklandığı üzere teknolojinin ve bilişimin tıp alanında bu kadar yaygın kullanılması elbette beraberinde bazı sorunları getirmiştir. Bu sorunları değerlendirirken kısaca veri madenciliği veya diğer adıyla veri açlığı kavramlarına değinmek gerekir.

Veri madenciliği kavramı genel olarak; ileride karar alma aşamasında yararlı olma ihtimali bulunan, problemlerin çözülmesi amacıyla çok net olmayan, üstü kapalı, kullanışlı ve anlamlı verilerin biriktirilerek geniş hacimli veri havuzu oluşturulmasıdır⁸⁷. Veri madenciliğinin genel olarak kullanım alanları arasında sağlık hizmetleri de bulunmaktadır. Çünkü hastaya ait kilo, yaş, tahlil sonuçları, hastanede sahip olunan cihazların yeterlilik bilgileri gibi birçok verinin havuz içerisinde biriktirilerek genel olarak incelenmesi halinde hastanın tedavisi için en faydalı tedavi yönteminin seçilmesinde yol göstericidir. Yine hastanelerin fiziki özellikleri, yatak kapasiteleri, ilaç durumları, hekim sayısı ve yeterlilikleri, tedavi taleplerinin zamansal ve bölgesel ayrımlarla sisteme işlenmesi halinde olası bir salgın hastalık karşısında hızlı bir şekilde kontrolün sağlanması mümkün olabilecektir⁸⁸.

Fakat veri madenciliğinin bütün bu yararları karşısında bir takım olumsuz ve kişisel verilerin gizliliği açısından tehlikeli yönleri de bulunmaktadır. Veri madenciliği doğası gereği mahremiyet veya sır kavramıyla bir zıtlık ilişkisi içerisinde. Kişisel veri kavramı genel olarak gizlilik esası üzerine kurulu iken veri madenciliği gizli olanın istenmeden açığa çıkarılması üzerine kuruludur. Bunun karşısında bir denge sağlanabilmesi için kişisel sağlık verilerinin güvenliğinin sağlanması gerekmektedir.

Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü’nün 32. maddesi ve devamında; kontrolör ve işleyici, son teknoloji, uygulama maliyetleri ve işleme faaliyetinin mahiyeti, kapsamı, bağlamı ve amaçlarının yanı sıra gerçek kişilerin hakları ve

⁸⁶ Yılmaz, s. 52-53.

⁸⁷ Yılmaz Argüden ve Burak Erşahin, Veri Madenciliği (Veriden Bilgiye, Masraftan Değere), ARGE Danışmanlık Yayınları No: 10, 1. Basım, İstanbul, Kasım 2008, s.15., <https://arge.com/kitaplar/veri-madenciligi.pdf>, (11.02.2020).

⁸⁸ Uğur Kavza, Veri Madenciliğinde Mahremiyetin Sağlanması, Gebze Yüksek Teknoloji Enstitüsü Mühendislik ve Fen Bilimleri Enstitüsü Bilgisayar Mühendisliği Ana Bilim Dalı, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Gebze, 2010, s. 12.

özgürlükleri açısından çeşitli olasılıklar ve ciddiyetlere sahip riskleri dikkate alarak, risk açısından uygun bir güvenlik seviyesi sağlamak için alınması gereken önlemleri tek tek belirtmiştir. Nitekim bunun yansıma olarak Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 12. maddesinde veri sorumlusunun Kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesini, erişilmesini, muhafazasını önlemek amacıyla uygun güvenlik düzeyini temin etmeye yönelik gerekli her türlü teknik ve idari tedbirlerin alınması gerektiği açık bir şekilde belirtilmiştir.

Bu düzenlemeler karşısında sağlık mesleği mensuplarının sağlık hizmetleri esansında hastaya yönelttiği soruların ihtiyaçla sınırlı olmasına; ileride ihtiyaç olur mantığı ile veri kirliliği yaratmayarak özen göstermeli ve elde ettikleri kişisel sağlık verilerini kanun kapsamında belirtilen güvenlik yükümlülüklerine uygun bir şekilde muhafaza etmeli, sır saklama yükümlülüğü kapsamında hasta mahremiyetine saygı göstermelidirler⁸⁹.

Tıbbi kayıtların tutulmasında kişisel sağlık verilerinin korunması bakımından amaç, kapsam, şekil ve zaman gibi belirli hususlara dikkat edilmesi gerekmektedir⁹⁰. Temel olarak bir tıbbi kaydın tutulmasındaki amaç tedavinin sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesi için ilgili kişisel sağlık verilerinin emniyet altına alınmasıdır. Kapsam bakımından mümkün olduğunca yalnızca tedavi ile ilgili kişisel sağlık verilerinin kayıt altına alınması, bunlara duyulan ihtiyacın halinin bitmesi halinde depolanmaya devam edilmemesi gerekmektedir. Burada tıp bilimi açısından kayıt tutulmada gereklilikten anlamız gereken; tıp biliminde genel olarak kabul görmüş ilke ve kurallar çerçevesinde teşhis ve tedavi için gerekli her türlü hususun hukuken kayıt altına alınması mecburiyetidir⁹¹. Bu sebeple tıbbi olarak gerekli olmayan bir kayıt hukuken de gerekli olamaz. Kayıtların tutulmasında şekil bakımından ise spesifik bir özellik taşıması gerekli olmadığı gibi belirli hususlara dikkat edilmesi gerekir. Bunlar; hastanın talebi olması halinde bilgilendirme için yeterli olacak, ileride bir hukuka aykırılık iddiası öne sürüldüğünde ispat kabiliyetine sahip ve tedavi sürecini aydınlatmaya ve yardımcı olacak şekilde kayıtların tutulması gerekmektedir.

⁸⁹ Yılmaz, s. 57.

⁹⁰ Güven, ss. 113-115.

⁹¹ Seda Cihan, "Hekimlerce Kullanılan Elektronik Kayıt Sisteminin Değerlendirilmesi: Bir Vakıf Üniversitesi Hasta Örneği", (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2013, s.24.

Yukarıda belirtildiği üzere her ne kadar teknoloji ve bilimin gelişmesi ile kağıt üzerinde tutulan tıbbi kayıtlar azalmış ise de başta hekimlerin olmak üzere sağlık mesleği mensuplarının hasta ile ilgili aldığı notlar örneğin; psikiyatristlerin terapi esnasında tuttuğu notlar gibi kağıt üzerinde halen tutulan birçok tıbbi kayıt bulunmaktadır. Bu sebeple tutulan bu kayıtların mümkün mertebe okunaklı, sağlık mesleği mensubunca kullanılan kısaltma ifadelerin veya diğer ifadelerin diğer uzman kimseler bakımından da anlaşılabilir şekilde olması, tereddütte yer bırakmayacak şekilde açık ve anlaşılır olması gerekmektedir⁹². Tutulan kayıta sehven bir hata yapılması halinde karalama gibi kaba hata düzeltmeleri yerine paraf ve tarih atma gibi tıbbi kaydın içeriğine zarar vermeyecek düzenlemelerin yapılması daha doğru olacaktır.

Zaman bakımından ise hastanın sağlık kuruluşlarına müracaat etmesi ile kişisel sağlık verileri kayıt altına alınmaya başlanır⁹³. Bu sebeple meşguliyet gibi gerekçelerle sağlık mesleği mensuplarının hafızalarına güvenerek kişisel sağlık verilerini daha sonra işlememelidirler. Aksi bir hareket ileri de kişisel sağlık verilerinin hukuka aykırı olarak işlendiği iddiası karşısında ispat sorununa sebep olacaktır. Çünkü hiç tutulmamış bir kaydın ispatını veri ilgisinden beklemek mümkün değildir. Yine bu kayıtların ne kadar süre boyunca tutulabileceğine ilişkin mevzuatta belirli süreler öngörülmiştir. Bu süreler riayet edilmesi gerekecektir⁹⁴. Kanunda öngörülen sürelerden önce kayıtların yok edilmesi halinde hastanın mutlaka bilgilendirilmesi gerekecektir. Çünkü hastanın belgeleri inceleme hakkı elinden alınacak yine ileride doğabilecek hukuki ihtilaflar karşısında ispat sorunu yaratacaktır. Ayrıca bu sorunun önüne geçmek adına hastanın talebi üzerine kişisel sağlık verileri kendisine verilebilir. Fakat bu hal kayıt detaylı bir şekilde kayıt altına alınmalıdır⁹⁵.

⁹² Taşatan, ss. 55-56. Doktrinde hekimin tuttuğu tıbbi kayıtların yalnızca kendisinin veya bir başka hekimin anlamasının açıklık ilkesi bakımından yeterli olduğunu savunan bir görüş bulunmaktadır. Zafer Zeytin, “Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumlulukta İspat Yükü Kuralının Ters Çevrildiği ve Kolaylaştırıldığı Haller (İspat Yükü)”, Uluslararası Katılımlı 1. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyumu, İstanbul, 2005, ss. 141-142.

Hastaların tıbbi kayıtlarını içeren hasta dosyalarına baktığında kayıtların anlaşılabilir derecede açık olması gerektiğini savunan aksi yöndeki görüş için bakınız: Taşatan, s. 56.

⁹³ Kaydın tıbbi işlemin yapılması anında tutulması gerektiğini ifade eden görüş için bakınız: Zarife Şenocak, Tıbbi Kayıtların Tutulmasından Doğan Hukuki Sorumluluk, III. Sağlık Kurultayı, 7-8 Mayıs 2010, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2011, ss. 626-627.

⁹⁴ Gerek süreler ile ilgili olsun gerek kişisel sağlık verilerinin genel olarak ulusal mevzuatımızdaki diğer düzenlemeler olsun bir sonraki başlıkta detaylı olarak ele alınacaktır., Taşatan, s. 57.

⁹⁵ Şenocak, s. 627.

Yukarıda açıklanan nedenlerle genel olarak özel nitelikteki kişisel verilerin korunmasının daha sıkı kurallara bağlı olduğu görülmektedir. Fakat hassas verilerin işlenmesi yasaklarının da belirli istisnaları bulunmaktadır. Bu istisnaların tümünü değil de yalnızca kişisel sağlık verileri bakımından ilgili olanlara değinmeyi çalışmanın kapsamına uygun bulduk.

Her ne kadar birtakım farklılıklar olsa da başta 2016/676 sayılı Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün “*Özel Kategorilerdeki Kişisel Verilerin İşlenmesi*” başlıklı 9. maddesi olmak üzere genel olarak uluslararası mevzuatta özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesine ilişkin getirilen istisnalar; *ilgili devlet tarafından iç hukuk yollarında bütün koruma mekanizmalarının mevcut olduğu hallerde*; ilgilinin rızası, hayati çıkarların korunması, hassas verilerin kamuya yararlı kurum veya kuruluşlar tarafından işlenmesi, ilgili kişinin hassas verilerini kamuya açıklaması ve yargılama sebebiyle işlenmesi halleridir⁹⁶.

Ulusal mevzuat bakımından ise Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 6. maddesinin 3. fıkrasında ikili bir ayırım yapıldığı görülmektedir. Sağlık ve cinsel hayat dışındaki hassas veriler bakımından kanunda sayılan hallerde verilerin ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın işlenebileceği belirtilmiştir. Sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel veriler bakımından ise yalnızca kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebileceği belirtilmektedir. Yine dördüncü fıkra gereğince özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinde Kurul tarafından belirlenen yeterli önlemlerin alınması şart olduğu belirtilmiştir. Nitekim bu hususunda aydınlatılması için Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 31.01.2018 tarihli ve 2018/10 sayılı kararı 07.03.2018 tarihli ve 30353 sayılı “*Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesinde Veri Sorumlularınca Alınması Gereken Yeterli Önlemler*” yayımlanmıştır.

Gerekli önlemlerin alınmadığının kurul tarafından tespiti halinde ilgilinin açık rızası bulunsa dahi artık kişisel sağlık verileri işleme tabi tutulamayacaktır. Yine yapılan bir yargılama sebebiyle kişisel sağlık verilerinin açık rıza aranmaksızın ilgili merciilerle sağlık mesleği mensuplarınca paylaşılması halinde artık sır saklama

⁹⁶ Korkmaz, s. 58, Aksoy, s. 20.

yükümlülüğüne aykırı hareket edildiği ifade edilemeyecektir. Burada önem arz eden husus yalnızca soruşturma ve kovuşturma kapsamı ile ilgili kişisel sağlık verilerinin paylaşılması gerektiğidir. Aksi halde sağlık mesleği mensubunun sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranmasının yanı sıra hassas verilerin korunmasına ilişkin hukuka aykırı hareket etmesi sebebiyle hukuki sorumluluğu doğacaktır⁹⁷.

Tüm bu açıklamalar doğrultusunda doktrinde⁹⁸ kişisel sağlık verilerinin korunması amacıyla sağlık mesleği mensupları ile hasta arasında gizlilik sözleşmesinin yapılmasının faydalı olacağı belirtilmektedir. Bu sözleşme kapsamında hastanın hangi verilerinin paylaşmaya razı olduğu, hangi bilgilerinin sisteme işlenmesini kabul ettiği gibi hususlarına açıkça aydınlatılması gerekmektedir.

Yine bu sözleşme kapsamında hastanın kişisel verilerinin nerede depolandığı, hukuka aykırı hareket edildiği takdirde haklarının neler olduğu, işleme süreci hakkında genel olarak bilgilendirilmesi gerekmektedir. Nitekim bunu destekleyen bir başka görüşe göre ise⁹⁹ hastanın bilgileri kayıt altına alınırken anonimleştirme hakkından yararlanma imkânı varsa kullanılması gerektiğidir. Hastanın bir takma ad veya kod kullanılmak suretiyle kişisel sağlık verilerinin korunabileceği ifade edilmektedir.

3. Tıp Hukukunda Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Ulusal Düzenlemeler

Ülkemizde kişisel sağlık verilerinin gizliliği ve güvenliğinin sağlanması adına birçok yasal düzenleme bulunmaktadır. Çalışmamızla doğrudan ilgili olan düzenlemelere ve düzenlemelerin belirli hükümlerine yer vermeyi uygun bulduk.

Öncelikle 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun 3. maddesinin f fıkrası mevcut düzenlemelerin temel hareket noktasını oluşturmaktadır. Hükümde *“Herkesin sağlık durumunun takip edilebilmesi ve sağlık hizmetlerinin daha etkin ve hızlı şekilde yürütülmesi maksadıyla, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarınca gerekli kayıt ve bildirim sistemi kurulur. Bu sistem, e-Devlet uygulamalarına uygun olarak elektronik ortamda da oluşturulabilir. Bu amaçla, Sağlık Bakanlığınca, bağlı kuruluşları da kapsayacak şekilde ülke çapında bilişim sistemi kurulabilir.”* demek suretiyle gerek yukarıda değinilen kişisel sağlık verileriyle ilgili ülkemizde kurulan

⁹⁷ Taşatan, ss. 71-72.

⁹⁸ Yılmaz, s. 58.

⁹⁹ Akyürek, s. 32.

sistemlerin gerekse de birazdan değineceğimiz hukuki düzenlemelerin çıkış noktası ifade edilmiştir. Fakat aynı kanun sağlık mesleği mensuplarının sorumluluğuna ilişkin bir düzenleme içermemektedir. Bu sebeple birçok özel kanun veya yönetmelikle konuya ilişkin eksik hukuki zemin tamamlanmıştır.

Kanaatimizce bu başlık altında ele alınması gereken en temel düzenleme 21 Haziran 2019 tarihinde 30808 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanan Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik’tir. Yönetmeliğin birinci maddesinde *“Sağlık Bakanlığının merkez ve taşra teşkilatı birimleri ile bunlara bağlı olarak faaliyet göstermekte olan sağlık hizmeti sunucuları ile bağlı ve ilgili kuruluşları tarafından yürütülen süreç ve uygulamalarda uyulacak usul ve esaslar”* in belirlenmesi gibi genel bir ifadeyle yönetmeliğin düzenleniş amacı ortaya konulmuştur. İkinci maddesiyle kişisel sağlık verisi işleyen özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri ile kamu hukuku tüzel kişilerinin yönetmelik kapsamında olduğu açık bir şekilde belirtilmiştir. Yönetmeliğin çalışmamız için önem arz eden bölümlerinden biri 4. maddede bulunan tanımlar kısmıdır.

Burada Açık Sağlık Verisi¹⁰⁰, İlgili Kişi¹⁰¹, yukarıda bahsi geçen e-Nabız sistemi¹⁰², Anonimleştirme¹⁰³- Kimliksizleştirme¹⁰⁴- Maskeleye¹⁰⁵, KamuNET projesi¹⁰⁶, Merkezi Sağlık Verisi Sistemi¹⁰⁷, Kişisel sağlık verisi¹⁰⁸, Kişisel sağlık

¹⁰⁰ “Açık veri haline getirilen sağlık verisi.”

¹⁰¹ “Kişisel verisi işlenen gerçek kişi.”

¹⁰² “İlgili kişilerin sağlık verilerine kendilerinin, hekimlerin veya yetki verdikleri üçüncü kişilerin erişimini sağlayan, e-Devlet uygulamalarına uygun olarak Bakanlıkça kurulan sistem.”

¹⁰³ “Kişisel verilerin, başka verilerle eşleştirilerek dahi hiçbir surette kimliği belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişiyle ilişkilendirilemeyecek hâle getirilmesi.”

¹⁰⁴ “Kişisel verilerin; kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiyle ilişkilendirilememesi için teknik ve idari tedbirlerin alınması şartıyla ve farklı bir ortamda muhafaza edilen diğer verilerle bir araya getirilmeksizin ilgili kişiyle ilişkilendirilemeyecek şekilde işlenmesi.”

¹⁰⁵ “Kişisel verilerin belirli alanlarının, kimliği belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişiyle ilişkilendirilemeyecek şekilde silinmesi, üstlerinin çizilmesi, boyanması ve yıldızlanması gibi işlemler.”

¹⁰⁶ “Kamu kurum ve kuruluşları arasındaki veri iletişiminin sağlanması, bu veri iletişiminin internete kapalı, fiziksel ve siber saldırılara karşı daha güvenli sanal bir ağ üzerinden yapılması, siber güvenlik risklerinin minimize edilmesi, mevcut ve kurulacak olan güvenli kapalı devre çözümlere standart sağlanması, ortak uygulamalar için uygun alt yapının tesis edilmesi amaçlarıyla Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı tarafından geliştirilen proje.”

¹⁰⁷ “Bakanlık tarafından oluşturulan kişisel sağlık verilerinin toplandığı veri sistem.”

¹⁰⁸ “Kimliği belirli ya da belirlenebilir gerçek kişinin fiziksel ve ruhsal sağlığına ilişkin her türlü bilgi ile kişiye sunulan sağlık hizmetiyle ilgili bilgiler.”

verilerinin işlenmesi¹⁰⁹, silinmesi¹¹⁰ ve yok edilmesi¹¹¹ gibi önemli kavramlar ayrı ayrı tanımlanmıştır.

Yönetmeliğin ikinci bölümünde 5. maddede öncelikle Kişisel Verileri Koruma Kanunu'nun 4. maddesinde bulunan temel ilkelere¹¹² gönderme yapılmaktadır. 2. fıkrada ise sağlık durumu takibini kolaylaştırmak ve sağlık hizmetlerinin daha etkin ve hızlı şekilde yürütülmesini sağlamak amacıyla Bakanlığa bağlı ilgili kuruluşlarca gerekli kayıt ve bildirim sistemlerinin kurulabileceği ifade edilmektedir. Hatta gerektiği takdirde e-Devlet uygulamalarına uygun olarak elektronik ortamda da tüm ülkeyi kapsayacak şekilde bilişim sistemlerinin de kurulabileceği belirtilmektedir. Bu şekilde bilişim sistemlerinin kurulabilmesinin hukuki dayanağının yönetmelik olması doktrinde eleştirilmektedir. Bu konuya tekrar dönmeyerek yukarıda e-Nabız sisteminin hukuki dayanaklarına ilişkin sunulan eleştirilere burada da atıf yapmayı yeterli görüyoruz.

Hükmün ilerleyen fıkrasında sağlık hizmetlerinin sunumu için gerekli olan haller dışında hiç kimsenin geçmiş sağlık verilerinin dökümünü sunmaya veya göstermeye zorlanamayacağı isabetli bir şekilde ifade edilmiş; özel hayatın gizliliğinin ve kişisel sağlık verilerinin hassas veri olmasının önemi bu hükümle pekiştirilmiştir.

Kanaatimizce yönetmelikteki en önemli düzenlemelerden biri 5. maddenin 4. fıkrasında yer alan; sağlık hizmeti sunucularının banko, gişe ve masa gibi bölümlerde yetkisi olmayan kişilerin yer almasını önleyecek ve aynı anda yakın bir şekilde duran hizmet alan kişilerin birbirlerine ait kişisel verileri duymalarını, görmelerini,

¹⁰⁹ “Kişisel verilerin tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hale getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi sağlık verileri üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlem.”

¹¹⁰ “Kişisel verilerin ilgili kullanıcılar için hiçbir şekilde erişilemez ve tekrar kullanılamaz hâle getirilmesi işlemi.”

¹¹¹ “Kişisel verilerin hiç kimse tarafından hiçbir şekilde erişilemez, geri getirilemez ve tekrar kullanılamaz hâle getirilmesi işlemi.”

¹¹² “(1) Kişisel veriler, ancak bu Kanunda ve diğer kanunlarda öngörülen usul ve esaslara uygun olarak işlenebilir.

(2) Kişisel verilerin işlenmesinde aşağıdaki ilkelere uyulması zorunludur:

a) Hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olma.

b) Doğru ve gerektiğinde güncel olma.

c) Belirli, açık ve meşru amaçlar için işlenme.

ç) İşlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma.

d) İlgili mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilme.”

öğrenmelerini veya ele geçirmelerini engelleyecek fiziki, teknik ve idari tedbirleri alma zorunluluğunun getirilmesidir. Uygulamada en sık yaşanan sorunlardan biri budur. Hasta sağlık hizmetine başvurmak için sıraya girmekte o esnada gişelerde veya masalarda görevli olmayan kimselerin örneğin; görevlinin arkadaşı, yakını, bina içerisinde çalışan diğer idari personellerin bulunması hastanın başta vatandaşlık kimlik numarası olmak üzere hangi hekime, hangi polikliniğe müracaat etmek istediğine kadar birçok kişisel sağlık verisinin öğrenilmesine veya duyulmasına sebep olmaktadır. Yine hekimin muayene esnasında yanında bulunan tıbbi sekreterlerin masasında görev tanımı bulunmayan kimselerin olması hasta mahremiyetini ayaklar altına almakta sağlık mesleği mensubu ile hasta arasındaki sır saklama yükümlülüğü de hiçe saymaktadır. Böyle bir ortamda hastanın sağlık hizmetlerine gönül rahatlığıyla başvurmasını ve sağlık mesleği mensubu ile güven ilişkisi kurmasını beklemek hayatın olağan akışında mümkün değildir.

Kanaatimizce yönetmelikteki bu açık düzenleme ziyadesiyle yerindedir. Nitekim başta yönetmeliğin bu hükmünün uygulanabilirliğini arttırmak amacıyla Sağlık Bakanlığı Sağlık Bilgi Sistemleri Genel Müdürlüğü tarafından “29.01.2018 tarihli ve 75730711-719-E.9 sayılı, 08.03.2018 tarihli ve 75730711-719-E.46 sayılı, 28.08.2018 tarihli ve 75730711-719-E.139 sayılı, 28.06.2019 tarihli ve 75730711-719-E.120 sayılı yazıları” ile, Bakanlığın tüm merkez ve taşra teşkilâtı birimleri ile bağlı ve ilgili kuruluşları, ayrıca Bakanlığın bünyesinde faaliyet göstermekte olan tüm sağlık hizmeti sunucuları, Kişisel Veri Güvenliği Rehberi ile Kişisel Verileri Koruma Kurulu tarafından alınan 31.01.2018 tarihli ve 2018/10 sayılı Karar¹¹³ hakkında ve temel olarak hasta mahremiyetinin önemi konusunda bilgilendirilmiştir¹¹⁴.

Bir diğer husus tanımlar kısmında açıklanan maskeleyme veya kısmi kimliksizleştirme yöntemlerinden birini kullanılarak, hastaya ait kişisel sağlık verilerini içeren basılı materyalin yetkisi olmayan kimselerin eline geçmesi halinde kime ait olduğunun tespit edilmesini zorlaştırılmanın sağlanmasıdır. Bu şekilde kişisel

¹¹³ <https://kisiselveri.saglik.gov.tr/TR,55774/31012018-tarihli-ve-201810-sayili-karar-ozel-nitelikli-kisisel-verilere-yonelik-yeterli-onlemler.html>, (15.02.2020).

¹¹⁴ <https://kisiselveri.saglik.gov.tr/TR,55911/hasta-mahremiyetinin-korunmasi.html>, (15.02.2020).

sağlık verilerinin gizliliği korunacak kötünıyetli kimselerin eline geçmesi halinde hukuka aykırı şekilde bu verilerin kullanımının önüne geçilmiş olacaktır.

Bu yönetmelikte eski yönetmelikten¹¹⁵ farklı olarak ayrıca “*Kişisel sağlık Verilerine Erişim*” başlıklı üçüncü bölüm düzenlenmiştir. Bu bölümde sağlık personellerinin, Bakanlık birimlerinin, ebeveynlerin, hasta yakınlarının ve avukatların kişisel sağlık verilerine erişme usulleri ayrı ayrı düzenlenmiştir. Kanaatimizce bu husus isabetlidir. Kaldı ki hassas veri niteliğinde olan kişisel sağlık verilerine erişimin genel geçer ifadelerle düzenlemesi isabetsizdi.

Yine mahremiyet ile ilgili bir başka yerinde düzenleme 6. maddenin 6. fıkrasında yer alan; “*mahremiyet düzeyi daha yüksek olan, başkaları tarafından görülmesi ve bilinmesi halinde kişilerin sosyal hayatını ve ruh sağlığını olumsuz etkileme riski taşıyan kişisel sağlık verilerin*” artık Bakanlıkça belirlenmesini ve sağlık personelinin bu verilere erişimine ölçülü kısıtlar getirilebilmesini sağlayan düzenlemedir. Bu düzenleme yerinde olmakla birlikte hangi verinin mahremiyet düzeyinin daha yüksek olacağının tespitine ilişkin olarak izlenecek yol belirsizdir. Yine Bakanlığın başkalarının görmesi veya bilmesi halinde kişilerin sosyal hayatını ve ruh sağlığını olumsuz etkileyecek verileri hangi kriterlere göre tespit edeceği yönetmelikten anlaşılamamaktadır.

Kanaatimizce hüküm düzenlenirken ilerleyen zamanlarda Bakanlık tarafından verilecek kararlar kapsamında kriterlerin şekilleneceği düşünülmüştür. Fakat böylesi hassas bir konuda önemli nitelikteki kriterlerin zamanla şekillenmesini beklemek hukuki bir zeminden uzaktır. Hüküm tesis edilirken baştan kriterler ifade edilmeliydi veyahut bu şekilde bir hüküm düzenlenmemeliydi. Kanun koyucu aksi kanaatte ise Bakanlık kriterleri belirlerken “*sosyal hayatını ve ruh sağlığını olumsuz etkileme riskini*” belirlerken mutlaka bir uzman görüşüne başvurmalı ve alınan görüş doğrultusunda bir karar verilmelidir.

Burada sağlık personelinin kişisel sağlık verilerine erişimini düzenleyen 6. maddenin irdelenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Hükümün ilk fıkrasında genelleyici bir

¹¹⁵ “20 Ekim 2016 Tarihli 29863 Sayılı Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi ve Mahremiyetinin Sağlanması Hakkında Yönetmelik”.

şekilde sağlık personelinin hastanın kişisel sağlık verilerine yalnızca sağlık hizmeti sınırları çerçevesinde ulaşabileceği ifade edilmektedir. Sonrasında ise ilgili kişinin e-Nabız hesabının bulunup bulunmamasına göre erişimin usulünün belirlendiği görülmektedir. İlgili kişinin e-Nabız hesabı var ise ilgili kişiler, gizlilik tercihleri ve sonuçları konusunda ayrıntılı şekilde bilgilendirilecek ve gizlilik tercihi ve geçmiş sağlık verilerinin görüntülenememesi nedeniyle sağlık hizmeti sunumunda meydana gelebilecek aksaklık ve zararlardan kendileri sorumlu olacaktır. İlgili kişinin e-Nabız hesabı yok ise; amacın sınırı farklı bir şekilde çizilerek “*Kişisel Verileri Koruma Kanunu’nun 6. maddesinin 3. fıkrasında yer alan ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi*” amacıyla sınırlı olduğu ifade edilmektedir.

Burada dikkat edilmesi gereken husus; yukarıda belirtilen amaç kanun hükmündeki kapsam içerisindeyse kişisel sağlık verisinin işlenmesi için artık açık rızanın aranmayacağıdır. Nitekim eski yönetmeliğin 5. maddesinin 9. fıkrasında¹¹⁶ yer alan ilgiliden yazılı rıza alınması şartının bu yönetmelikte yer almaması da bu durumu destekler niteliktedir. e-Nabız sistemini kullanan ilgili kişiler aydınlatılacağı için gizlilik konusunda kendi kararlarını alabileceklerdir. Fakat e-Nabız sistemini kullanmayan ilgili kişinin rızasının dahi aranmadığı bir halde; tüm sağlık verilerine erişilmesini kabul ettiği veya bunu bildiği neticesine nasıl varılmaktadır? Yine yönetmeliğin 3. fıkrasında e-Nabız kullanmayan ilgili kişiler bakımından yalnızca hekim ve süre bakımından erişimde sınırlandırmalar getirildiği görülmektedir¹¹⁷. Görüldüğü üzere e-Nabız sistemini kullanmayan ilgili kişilerin kullananlara nazaran

¹¹⁶ “İlgili kişinin ayrıntılı bir şekilde bilgilendirilmesi, yazılı rızasının alınması ve bu rızanın muhafaza edilmesi hâlinde ilgili kişiye ait sağlık verileri, rıza doğrultusunda işlenebilir ve aktarılabilir.”, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/10/20161020-1.htm> , (15.02.2020).

¹¹⁷ “(3) e-Nabız hesabı bulunmayan kişilerin sağlık verilerine ise Kanunun 6 ncı maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan istisnai amaçlarla sınırlı olmak üzere ancak;

a) Kişinin kayıtlı olduğu aile hekimi tarafından herhangi bir süre sınırı olmaksızın,
b) Kişinin sağlık hizmeti almak üzere randevu aldığı hekim tarafından, randevunun alındığı gün ile sınırlı olmak kaydıyla ve alınan sağlık hizmeti ile doğrudan bağlantılı işlemler sonlanana kadar,
c) Kişinin sağlık hizmeti almak üzere giriş yaptığı sağlık hizmeti sunucusunda görev yapan hekimler tarafından, yirmi dört saat süre ile sınırlı olmak kaydıyla,
ç) Hastanın yatışının yapıldığı sağlık hizmeti sunucusunda görev yapan hekimler tarafından, hasta sağlık hizmeti sunucusundan taburcu olana kadar, erişilebilir.”

gizlilik tercihleri konusunda daha az aydınlatıldığı ve genelleyici bir ifadeyle kişisel sağlık verilerine erişim usulünün düzenlendiği görülmektedir.

Kanaatimizce bu şekilde bir düzenleme ilerleyen zamanda kişisel sağlık verilerinin mahremiyetinden maksimum düzeyde yararlanabilmek ve gizlilik konusunda daha fazla söz sahibi olabilmek için herkesin e-Nabız sistemini kullanması gerekeceği inancıdır. Nitekim bu yaklaşımın bir diğer yansıması e-Nabız sistemini kullanmayanlar hakkındaki erişim kurallarının; Bakanlığın sağlık hizmeti sunumu ihtiyaçlarına ve Kanunun altıncı maddesinin üçüncü fıkrası kapsamına göre Genel Müdürlük tarafından yeniden değerlendirilebileceğine ilişkin düzenlemedir.

Fakat böyle bir durumda aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirileceği de ifade edilmektedir. Bu hükümden yola çıkarak neden e-Nabız sistemine kayıtlı olanlar bakımından böyle bir ihtimal öngörülmemiştir? Bu esnek alan neden sadece e-Nabız sistemine kayıtlı olmayan ilgili kişilerin sağlık verileri bakımından öngörülmüştür? Kanaatimizce bunun hukuki izahı yönetmelik kapsamında anlaşılmamaktadır.

Yine hükmün 5. fıkrasında geçmiş sağlık verilerine herhangi bir kimse tarafından erişilmesini istemeyen kişilere gizlilik tercihinin e-Nabız üzerinden sunulacağı belirtilmiş ve buna ilişkin özel bir bilişim yöntemi öngörülmüştür¹¹⁸. Bu gizlilik tercihinin yalnızca e-Nabız kullanıcılarına tanınması bile başlı başına sisteme dahil olanların verileri ile olmayanların verileri arasında mahremiyet bakımından bir değer farkı varmış algısı yaratmaktadır. Kanaatimizce yönetmeliğin bu bölümünün en kısa sürede yeniden düzenlemesi e-Nabız sistemi odaklı kişisel sağlık verisi mahremiyeti algısının ortadan kaldırılması gerekmektedir.

Yönetmeliğin birçok hükmünde (7. maddesi ve 12-13-14-15. maddeleri ile) Sağlık Bilgi Sistemleri Genel Müdürlüğü'ne büyük yetkiler verdiği görülmektedir. Bu yetkilerin önemine ek olarak yetkilerin sınırı da dikkat çekmektedir. Bu yetkiler yalnızca “sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi ile denetleme ve düzenleme görevleri” kapsamında kullanılabilecektir. Görüldüğü üzere yine sınırları çok geniş ve belirsiz bir görev alanı tanımlanmıştır.

¹¹⁸ “Bu gizlilik tercihinin kullanan kişilerin geçmiş sağlık verilerine ancak kişinin kendisi tarafından beyan edilen telefon numarasına gönderilecek olan kodun hekim ile paylaşılması ve hekim tarafından sisteme girilmesi halinde erişilebilir.”, (15.02.2020).

Kanaatimizce bir diğer tartışmalı düzenleme çocukların kişisel sağlık verilerine erişimi düzenleyen 8. maddedir. İlk fıkrada ebeveynlerin çocuklarına ilişkin sağlık kayıtlarına herhangi bir onay aranmaksızın e-Nabız üzerinden erişebileceği belirtilirken; *“ayırt etme gücüne sahip çocukların”* sağlık geçmişlerine ebeveynlerinin erişimini izne tabi tutabilecekleri ifade edilmiştir. Burada dikkat edilmesi gereken husus kural olarak kişisel sağlık verilerinin gizli tutulması ve mahremiyetinin korunması için gerekli hukuki ve idari tedbirlerin alınması gerektiğidir. Ayırt etme gücüne sahip çocukların kişisel sağlık verilerinin ebeveynlerinin erişimine açık hale getirip dilerse çocuğun izne tabi tutabileceğini söylemek hassas kişisel verilerin korunmasına ilişkin temel mantığa ve hukuki düzenlemelere aykırılık teşkil edecektir.

İkinci fıkrada ise boşanmış ailenin çocukları bakımından velayet hakkı bulunmayan ebeveyn için *“çocuk ile arasındaki faydanın gözetilerek kişisel verilerin korunması mevzuatına uygun şekilde ve Genel Müdürlükçe belirlenen sınırlar çerçevesinde”* çocuğun sağlık verilerine erişebileceği öngörülmüştür.

Burada ilk sorun; boşanmış ailenin çocuğunun ayırt etme gücünün bulunması halinde verilerine erişimi izne tabi kılmak istediği halde bu kararı yok sayarak Genel Müdürlük yine velayet hakkı olmayan ebeveyne erişim izni verebilecek midir? İkinci sorun; çocuk ile ebeveyn arasındaki faydanın mevcudiyetini kim tayin edecek ve Genel Müdürlüğün böyle bir konuda sınır tayin etmesinin hukuki dayanağı ne olacaktır?

Görüldüğü üzere mevcut düzenleme bu gibi soruları yanıtlamak hususunda yetersiz kalmaktadır. Burada temel olarak küçüğün böylesi teknik bir konuyu kavramasını beklemek güç olmakla birlikte veliler bakımından erişim konusunda hakkın kötüye kullanılmasının önlenmesi bakımından da kaygan bir zemin oluşmaktadır. Örneğin; boşanmış bir aile bakımından veli olmayan ebeveynlerden birinin kötüniyetli olduğunun düşünülmesi halinde diğer velinin izni talep edilecek midir? Diğer velinin izin vermediği hallerde nasıl bir yol izleneceği belirsizdir.

Tüm bu açıklanan hususlar doğrultusunda çocuğun üstün yararı ilkesi ile kişisel sağlık verilerinin korunması bakımından hakim ilkelerin bir arada düşünülerek bu bölümün yeniden düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Sağlık verilerine avukatların ulaşmasını düzenleyen 10. madde ise avukatların genel vekaletname hükümlerine dayanarak müvekkilinin sağlık verilerine

erişemeyeceği bunun için ayrıca müvekkilinin özel nitelikli kişisel verilerinin işlenmesi ve aktarılmasına ilişkin açık rızasını gösteren özel bir hüküm bulunması gerektiği belirtilmiştir. Avukatların müvekkilleri ile aralarındaki ilişki değerlendirildiğinde uygulamada birçok kişisel veriye mevcut vekaletname ile ulaşabilen avukatın böylesi bir düzenleme ile ayrıca külfet altına alınmasının kanaatimizce bir gereği bulunmamaktadır.

Yönetmelik içerisinde kişisel sağlık verilerinin güvenliğine ilişkin birçok alanda esnek ve muğlak ifadeler kullanılırken avukatlar bakımından özellikle böyle bir düzenleme getirilmesinin hukuki bir izahı bulunmamaktadır. Kanaatimizce bu şekilde kişisel sağlık verilerinin daha sıkı bir koruma altına alınması amaçlanıyorsa bunu yalnızca avukatlar bakımından değil üçüncü kişilere ilişkin vekalet ilişkilerinde de uygulanması gerekirdi. Avukatlık mesleğinin doğası gereği sıkı bir sır saklama yükümlülüğü zaten mevcuttur. Fakat üçüncü kişilerin vekalet ilişkisi çerçevesinde taşıdığı sır saklama yükümlülüğü avukatlara nazaran daha esnek olmasına rağmen onlar bakımından özel bir düzenlemenin olmamasının yönetmelik içerisinde hukuki bir izahı bulunmamaktadır.

Takip eden 11. madde de ölen bir kimsenin sağlık verilerini almak için murisin yalnızca veraset ilamını ibraz etmesi yeterli olurken avukatlar bakımından vekaletnamede ayrıca bir ibare aranmasının ne gibi bir fayda sağladığı muammadır.

Yine aynı hükümde ölmüş bir kimsenin sağlık verilerinin en az 20 yıl süre saklanacağı belirtilmektedir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin hakim ilkeler çerçevesinde zaman bakımından amaçla orantılı olması gerektiği ve amacın ortadan kalkması, sona ermesi ya da verilerin tutulmasında bir fayda kalmaması gibi hallerde verilerin tutulmaması gerekirken 20 yıl gibi uzun bir sürenin öngörülmesi kanaatimizce yerinde değildir.

Yönetmelikteki bir başka sorun ise 12. maddede hakkında gizlilik kararı verilen kişilere ait verilerin gizlenmesi için yargı makamları tarafından gönderilen müzekkere neticesinde İl Sağlık Müdürlüğünün verileri gizleyeceğine ilişkindir. İl Sağlık Müdürlüğü tarafından tesis edilen işlem doğrudan Kimlik Paylaşım Sistemine de yansıtacak ve gizlilik kararlarının sadece görevi gereği bilmesi gereken kişiler tarafından bilinmesini sağlamak üzere gerekli her türlü teknik ve idari tedbir alınacaktır.

Burada uygulamada sıkça karşılaşılan problemlerden biri hakkında 6284 sayılı kanun çerçevesinde koruma tedbiri kararı verilen kimsenin kişisel sağlık verilerinin gizlenmesi neticesinde sağlık hizmetlerine başvururken yaşadığı sıkıntılardır. Bu kimseler herhangi bir sağlık kuruluşuna müracaat ettiğinde ilaç kayıt geçmişi, geçmiş muayene bilgileri gibi hususlara muayene eden hekim sistemden ulaşamamakta veya eczanelere ilaç almak için başvurduğunda MEDULA sisteminde geçmiş ilaç dökümleri görüntülenemediği için (hasta kaydı bulunamamaktadır gibi sistem hatası ile karşılaşılmaktadır.) Örneğin; süreli ilaçlarının bitiş sürelerini takip edememekte ve ilaç teminini sağlayamamaktadırlar.

Sistem çözüm olarak mahkeme kararı ile sistemde kendilerini görünür hale getirmeleri gerektiğini ifade etmektedir. Fakat bu durum başlı başına kişinin güvenliğini sağlamak adına verilen koruma tedbiri kararı ile çelişki içerisinde. Bu durumda şiddet mağduru kimseler sağlık hizmetinden sorunsuz bir şekilde faydalanmak ile can güvenliğini sağlamak arasında bir tercih yapmak durumunda bırakılmaktadır. Bu durum başlı başına yeni bir mağduriyet yaratmaktadır.

Kanaatimizce gizliliğin kaldırılabilmesi için elbette ki yargı organından usulüne uygun bir şekilde alınmış kararın istenmesi yerindedir. Çünkü maalesef uygulamada bunu kötüye kullanan şiddet failleri ilgili mercilere müracaat ederek mağdurun yakını olduğunu ifade etmekte ve mağdurun adres bilgilerine sağlık verileri üzerinden ulaşmaktadır. Fakat bunu önlemek ve mağdurun güvenliğini sağlamak adına mağdurun sağlık hizmetlerinden yararlanma sürecini bu denli sorunlu bir hale getirmek isabetli bir çözüm yolu değildir.

Yönetmeliğin 13. maddesinde kişisel sağlık verisinin yalnızca “sehven” yapılan hatalar bakımından düzeltilmesi istemini ilgili kişinin yapabileceği belirtilmiştir. Bu başvuru neticesinde “sağlık verisinin oluşturulduğu sağlık hizmeti sunucusunun bağlı bulunduğu” İl Sağlık Müdürlüğü düzeltme işlemini gerçekleştirebilecektir. Fakat yukarıda açıklanan sorunda sehven bir durum söz konusu olmayıp mahkeme kararı koruma tedbiri neticesinde verilen gizlilik kararına ilişkindir.

Kanaatimizce bu gibi durumlar bakımından gelişen teknolojiye de istinade ederek çoklu doğrulama sistemleri ile örneğin; kişinin cep telefonuna gönderilecek tek kullanımlık bir şifre ile kısa süreliğine kişinin bilgilerinin sistemde görünür kılınması

sağlanabilir. Bu şekilde hem mağduriyetin önüne geçilecek hem bu kimselerin kişisel sağlık verilerine erişim konusunda karar verme imkanı tanınacaktır.

Son olarak yönetmeliğin dikkat çeken 16. ve 17. maddeleri önem arz etmektedir. 16. maddede Kişisel Verileri Koruma Kanunu'nun 28. Maddesinin b ve c bentlerindeki istisnalara¹¹⁹ dayanarak kişisel sağlık verilerinin anonimleştirilerek bilimsel çalışmalarda kullanılabileceği belirtilmiştir.

17. maddede ise Sağlık Bilgi Sistemleri Genel Müdürlüğü tarafından “*merkez ve taşra teşkilatı ile bağlı ve ilgili kuruluşlarında kullanılan sistemlerde yer alan kişisel sağlık verileri; veri mahremiyeti ile veri güvenliğine ilişkin düzenlemeler göz önünde bulundurarak, sağlık sisteminde şeffaflığı ve hesap verilebilirliği temin etmek, sağlık hizmeti sunumuna ilişkin politika ve stratejilere yön vermek, sağlık alanında yapılacak bilimsel araştırmalara destek olmak ve sağlığa ilişkin ürün ve hizmetlerin geliştirilmesini sağlamak amaçlarıyla, bu konuya özel olarak tahsis edilecek bir internet sitesi üzerinden herkesin erişimine açılması sağlanacaktır.*”

Yukarıda Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik ile ilgili genel bir açıklama yaptıktan sonra konuyla ilgili diğer hukuki düzenlemeleri kısaca zikretmekte fayda görüyoruz.

Kişisel sağlık verilerinin toplandığı en büyük alan bir önceki başlıkta bahsettiğimiz gibi tıbbi kayıtlardır. Tıbbi kayıtların tutulmasının usul ve esasını belirleyen birçok hukuki düzenlememiz mevcuttur. Bunların başında Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunu'nun 72. maddesi¹²⁰, Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanunun 10. maddesinin 2. fıkrası¹²¹, Aile

¹¹⁹ “b) Kişisel verilerin resmi istatistik ile anonim hâle getirilmek suretiyle araştırma, planlama ve istatistik gibi amaçlarla işlenmesi.

c) Kişisel verilerin millî savunmayı, millî güvenliği, kamu güvenliğini, kamu düzenini, ekonomik güvenliği, özel hayatın gizliliğini veya kişilik haklarını ihlal etmemek ya da suç teşkil etmemek kaydıyla, sanat, tarih, edebiyat veya bilimsel amaçlarla ya da ifade özgürlüğü kapsamında işlenmesi.”

¹²⁰ “Madde 72 – İcrayı sanat eden tabipler, dış tabipleri, dişçiler ve ebeler numunesi veçhile Sıhhiye ve Muaveneti İçtimaiye Vekaleti tarafından tertip ve mahalli sıhhiye memurlarınca musaddak, hastaların isim ve hüviyetlerini kayda mahsus bir protokol defteri tutmağa mecburdurlar. Bu defterlerin kuyudu ücretten mütevellit davalarda Sahibi lehine delil itihaz olunabilir. Şu kadar ki müstenidi iddia olan kaydın hilafı vesaik veya delaili muteberei saire ile ispat edilebilir.”, http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&view=article&id=1014:1219-tababet-ve-uabati-sanatlarinin-tarzi-crasina-dar-kanun&catid=1:yasa&Itemid=28, (15.02.2020).

¹²¹ “Sağlık ocakları ve evleri her türlü koruyucu hekimlik hizmetleri, hastaların muayene ve tedavisi ile, sağlık ocağına kayıtlı şahısların sağlık sicillerini tutmakla mükelleftir. Ocak hekimleri yalnız kendi ocakları içinde adli tabiplik vazifesi görürler.”, <https://www.saglik.gov.tr/TR,10388/sayisi224--rg-tarihi12011961--rg-sayisi10705-saglik-hizmetlerinin-sosyallestirilmesi-hakkinda-kanun.html>, (15.02.2020).

Hekimliği Kanunu m. 5/3¹²², Özel Hastaneler Tüzüğü m. 29¹²³, Acil Sağlık Hizmetleri Yönetmeliği m. 8/c¹²⁴, m.33 vem.34, Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği m. 12/4¹²⁵, Özel Hastaneler Yönetmeliği m.48,49,50¹²⁶, Rahim Tahliyesi Ve

¹²² “Aile hekimlerinin şahsî kayıtları ilgili il ve ilçe sağlık idare birimlerinde tutulur. Aile hekimlerinin kullandığı basılı veya elektronik ortamda tutulan kayıtlar, kişilerin sağlık dosyaları ile raporlar, sevk belgesi ve reçete gibi belgeler resmî kayıt ve evrak niteliğindedir. Bu kayıt ve belgeler, hekimin ayrılması veya kişinin hekim değiştirmesi halinde eksiksiz olarak devredilir. İlgili mevzuatta birinci basamak sağlık kuruluşları ve resmî tabiplerce düzenlenmesi öngörülen her türlü rapor, sevk evrakı, reçete ve sair belgeler, aile hekimliği uygulamasına geçilen yerlerde aile hekimleri tarafından düzenlenir.”, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5258.pdf>, (15.02.2020).

¹²³ “Madde 29 -Özel hastanelerde yatan hastaların kimliğini, doğum yerini, adresini, yattığı ve çıktığı tarih, hastalığının tanısını ve çıkıştaki durumunu yazmak için bir protokol defteri ile derece kağıdı, tabelası, filmleri, laboratuvar raporları vb. hastanın izlenmesi ile ilgili belgeleri içeren bir dosya tutulur. Protokol defterinin ilgili yerleri ile dosyadaki belgeler, giriş ve çıkışta geciktirilmeden doldurulur.

Gerçek kişilere ait hastanelerde sorumlu müdürler, yönetim kurulu bulunanların bu kurulla birlikte sorumlu müdürleri tarafından hususi hastaneler kanunu ve bu tüzük esaslarına göre bir iç hizmet yönergesi düzenlenir. Bu yönergede hastaların kabul, koşul ve yöntemleri, sınıfına göre hastalardan alınacak ücret ve ne zaman alınacağı, hasta emanet ve eşyasının saklanması, hasta ziyaret saatleri, sınıflarına göre hasta odalarının nitelikleri hastanın özel durumunun gerekleri dışında verilecek yemeklerin nitelik ve niceliği, yemek zamanları, ölüm halinde yapılacak dezenfeksiyon, tabiplerin nöbet görevleri, hemşirelerin, hastabakıcıların ve diğer hizmetlilerin görevleri, polikliniği olan hastanelerin bu hizmetlerinin yapılış biçimi ile iç hizmetlere ilişkin diğer hususların gösterilmesi zorunludur. Sanatoryumlarla kiir evleri için düzenlenecek yönergelerde, yukarıda sayılan hususlardan başka dinlenme zamanları ve kuruluşun özelliğine göre yapılacak tedavi yöntemi ile disiplinine ilişkin hususlar da yazılır.”, http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&view=article&id=60:el-hastaneler-t&catid=4:t&Itemid=31, (15.02.2020).

¹²⁴ “Madde8/c: Hastane acil servisleri: İkinci ve üçüncü basamak resmi ve özel sağlık kurum ve kuruluşları bünyesinde acil sağlık hizmeti verilen birimlerdir. Bu servis ve birimler kendilerine doğrudan başvuran veya il ambulans servisi başhekimliğine bağlı ekipler tarafından getirilen acil hasta ve yaralılara acil tıbbi müdahale yapmak, verilen hizmet ile ilgili kayıt tutmak ve gerektiğinde doğrudan veya bağlı oldukları kurum ve kuruluşları aracılığı ile Merkeze geri bildirim yapmak zorundadır.”, “Madde 33- Acil sağlık hizmetleri sunan bütün hizmet birimleri, Bakanlıkça hazırlanan kayıt formlarını doldurmak ve bildirim formları ile sundukları hizmet ile ilgili bilgileri Bakanlığa periyodik olarak bildirmek zorundadırlar.” “Madde 34- Sunulan hizmet ile ilgili kayıtlar, ilgili mevzuat hükümlerine göre muhafaza edilir. Var ise, bütün ses kayıtları üç ay süre ile saklanır. Bu süre sonunda herhangi bir başvuru olmaz ise kayıt silinir. Merkez, bu işlemi, kuruluşun teknik imkanları ve hizmet yoğunluğunun cevaz verdiği nispette gerçekleştirir. Seslerin kaydedilemediği veya kayıtların muhafaza edilemediği durumlarda yazılı kayıtlardan yararlanılır.” <https://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=7.5.4798&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=acil%20sa%C4%9Fl%C4%B1k>, (15.02.2020).

¹²⁵ “Madde 12/4: Poliklinikte muayene edilen bütün hastalar kaydedilir. Ağır, acil ve adli vak'aların kuruma müracaat saatleri de mutlaka kaydedilir. (Ek 42 Form 101).” <https://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=3.5.85319&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=yatakl%C4%B1%20tedav>, (15.02.2020).

¹²⁶ “Madde 48- Özel hastanelerin acil servisi, poliklinik, klinik, röntgen, laboratuvar ve ameliyathane gibi tıbbî hizmet ünitelerinde, sayfa ve sıra numarası verilmiş ve her sayfası müdürlükçe mühürlenmiş protokol defterlerinin tutulması zorunludur. Özel hastanelere başvuran her hasta için hasta dosyası düzenlenir. Hasta dosyasına hastanın tedavisiyle ilgili bütün müşahadeler ve yapılan muayene, tahlil ve tetkik sonuçları ile tedavi ve günlük değişiklikler yazılır. (Değişik fıkra:RG-22/3/2017-30015) Hasta dosyası içerisinde, asgarî olarak aşağıdaki belgelerin bulunması şarttır:

- a) Hasta kabul kâğıdı,
- b) Tıbbî müşahade ve muayene kâğıdı,

c) Hasta tabelası,
ç) Hemşire gözlem kağıdı,
d) Röntgen ve laboratuvar istek kâğıdı ve tetkik raporları,
e) Ameliyat kâğıdı,
f) Hastanın muayene istek formu,
g) Çıkış özeti,
ğ) Uygulanacak tedavinin kabul edildiğine dair olan ve 1/8/1998 tarihli ve 23420 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Hasta Hakları Yönetmeliğinin ilgili maddesi uyarınca alınmış rızayı gösteren muvafakat formu.” “Madde 49– Özel hastanelerde, muayene, teşhis ve tedavi amacıyla başvuran hasta, yaralı, acil ve adli vakalar ile ilgili olarak yapılan tıbbî ve idarî işlemlere ilişkin kayıtların, düzenlenen ve kullanılan belgelerin toplanması ve bunların müteakip başvurular ile denetim ve adli mercilerce her istenildiğinde hazır bulundurulması amacıyla tasnif ve muhafazaya uygun bir merkezî tıbbî arşiv kurulması zorunludur. (Ek cümle:RG-22/3/2017-30015) Merkezi tıbbî arşivin hastane bünyesinde bulunması zorunlu değildir. İlgili diğer mevzuat hükümleri saklı kalmak kaydıyla, özel hastanede tutulan hasta dosyaları, en az yirmi yıl süre ile saklanır. Faaliyeti sona eren özel hastanelerin arşiv belgeleri, bir tutanağa bağlanarak müdürlüğe teslim edilir. (Değişik dördüncü fıkra:RG-31/5/2019-30790) Özel hastaneler tarafından kayıt altına alınan kişisel sağlık verileri, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve ikincil düzenlemelere uygun bir şekilde Bakanlıkça belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde merkezî sağlık veri sistemine aktarılır ve işlenir. Bakanlık tarafından kurulan kayıt ve bildirim sistemine ve Bakanlıkça yapılacak diğer iş ve işlemlere esas olmak üzere, istenilen bilgi ve belgelerin Bakanlığa gönderilmesi zorunludur. (Ek fıkra:RG-23/9/2010-27708) Özel hastaneler, kliniklerinde takip ettikleri gebeler, yenidoğan ve bebeklerin izlenmesi ve kontrolü için Bakanlıkça istenilen kayıt ve bildirimleri istenilen formatta ve sürelerde Bakanlıkça belirlenen birime bildirir. (Ek fıkra:RG-23/9/2010-27708) (Değişik:RG-1/7/2014-29047) Hasta mahremiyeti dikkate alınmak kaydıyla, ortak kullanım alanları kamera kayıt sistemi ile kayıt altına alınır ve kamera görüntüleri en az iki ay süre ile saklanır.” “Madde 50- (Değişik:RG-21/10/2006-26326)-Özel hastanelerde, bu Yönetmelikte belirtilmiş her türlü kayıt işlemi, bilgisayar ortamında ve/veya ihtiyaca göre yazılı kayıt sistemi ile tutulabilir. Bu amaçla, bilgisayar çıktılarının sistem dahilinde ilk numaradan başlayarak numaralandırılması ve mesul müdür tarafından onaylanması zorunludur. Bilgisayar ortamındaki kayıtların, denetim veya başkaca resmî amaçla istenildiğinde, bilgisayar ekranında izlenen belgeyle daha önceki çıktıların tutarlılık göstermesi zorunludur. Bu kayıtların bilgisayar ortamında saklanması, değiştirilmesinin ve silinmesinin önlenmesi, gizliliğin ihlal edilmemesi amacıyla fizikî, manyetik veya elektronik müdahalelere ve olası suistimallere karşı gerekli idarî ve teknik tedbirlerin alınmasından ve periyodik olarak denetlenmesinden mesul müdür sorumludur. Mevcut yedekleme sisteminden günlük, haftalık, aylık ve yıllık olmak üzere veriler yedeklenir. Adli vakalara ve adli raporlara ait kayıtların gizliliği ve güvenliği açısından vakayı takip eden tabip dışında vaka hakkında veri girişi yapılamaması yada adli raporu tanzim eden tabibin onayından sonra kendisi dahil hiç kimsenin rapor ile ilgili değişiklik yapamaması için gerekli düzenlemeler yapılır. Adli vaka kayıtlarına mesul müdür veya yetkilendirdiği kişiler erişebilir. Ancak, yetkililerin rapor üzerinde hiçbir şekilde değişiklik yapmasına izin verilmez. Adli kayıt veya raporların resmi olarak istenmesi halinde yeni çıktı alınarak suret olduğu belirtilmek kaydıyla tasdiklenebilir. Bu raporlar ile ilgili sorumluluk mesul müdüre ve hastane sahibine aittir. Güvenli dijital hasta kaydına geçilmeyen hastanelerde bilgisayar ortamında kayıt tutulması, yazılı kayıt sisteminin gereklerini ortadan kaldırmaz. (Ek cümle:RG-27/5/2012-28305) 15/1/2004 tarihli ve 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu hükümlerine uygun elektronik imza ile imzalanmış tıbbî kayıtlar, resmi kayıt olarak kabul edilir ve ilgili mevzuata göre yedekleme ve arşivlemesi yapılır.” <https://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=7.5.4854&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=%C3%B6zel%20hasta>, (15.02.2020).

Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük m. 5 ve m. 9¹²⁷, Hasta Hakları Yönetmeliği m. 16, 17, 24/7¹²⁸ hükümleri gelmektedir.

Yine Kişisel sağlık verilerinin en yaygın kullanıldığı sigortacılık faaliyetlerine ilişkin düzenlemeler de bulunmaktadır. 23 Ekim 2013 tarihli Özel Sağlık Sigortaları Yönetmeliği genel hükümleri gereğince bir kişinin özel sağlık sigortası yaptırmayı istemesi halinde sistemde depolanmış kişisel sağlık verilerine ulaşılmasına izin vermesi bunu kabul etmediği takdirde kişinin sağlık durumunun tespit edilebilmesi için hekim görüşü alınması gerektiği ve bunun masraflarını da kendisinin karşılaması gerektiği belirtilmektedir.

Aynı yönetmeliğin 16. maddesinin 2. fıkrasında “*Şirket; sağlık bilgileri, sigortalılık kayıtları ve diğer bilgileri SBGM ve diğer yetkili merciler haricinde, sigortalının rızası olmadıkça, hiçbir gerçek ve tüzel kişiye veremez.*” demek suretiyle kişisel sağlık verilerinin gizliliğini açık bir şekilde düzenlemiştir.

¹²⁷ “Madde 5 – Gebelik süresi on haftayı geçen kadınlarda, rahim tahliyesi yapılamaz. Bu durumdaki kadınlarda, ancak, Tüzük’e ekli (2) sayılı listede sayılan hastalıklardan birinin bulunması halinde ve kadın hastalıkları ve doğum uzmanı tarafından rahim tahliyesi yapılabilir. Hastalığın, kadın hastalıkları ve doğum uzmanıyla bu hastalığın ilişkin olduğu uzmanlık dalından bir hekimin birlikte hazırlayacakları, kesin klinik ve laboratuvar bulgulara dayanan, gerekçeli raporlarla saptanması zorunludur. Rahim tahliyesini yapan hekim, bu raporu, ameliyenin sonucuyla birlikte en geç bir hafta içinde, illerde sağlık ve sosyal yardım müdürlüklerine, ilçelerde hükümet tabipliklerine göndermek zorundadır. Bu raporlar il sağlık ve sosyal yardım müdürlüğünde toplanır.”; “Madde 9 – Acil hallerde rahim tahliyesi, resmi yataklı tedavi kurumlarıyla özel hastanelerde yapılır. Ancak, kadının buralara taşınması olanaksızsa, ameliye, muayenehane, ev gibi hastanın bulunduğu yerlerde de yapılabilir. Hekim, müdahaleyi yapmadan önce, olanaksızsa, müdahaleden itibaren en geç 24 saat içinde, kadının kimliğini, yapılan müdahaleyle müdahaleyi gerektiren nedenleri ve sonucunu, illerde sağlık ve sosyal yardım müdürlüklerine, ilçelerde hükümet tabipliklerine yazılı olarak bildirmek zorundadır. Bu raporlar, il sağlık ve sosyal yardım müdürlüklerinde toplanır.” <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/2.5.837395.pdf>, (15.02.2020).

¹²⁸ “Madde 16- Hasta, sağlık durumu ile ilgili bilgiler bulunan dosyayı ve kayıtları, doğrudan veya vekili veya kanuni temsilcisi vasıtası ile inceleyebilir ve bir suretini alabilir. Bu kayıtlar, sadece hastanın tedavisi ile doğrudan ilgili olanlar tarafından görülebilir.”; “Madde 17- Hasta; sağlık kurum ve kuruluşları nezdinde bulunan kayıtlarında eksik, belirsiz ve hatalı tıbbi ve şahsi bilgilerin tamamlanmasını, açıklanmasını, düzeltilmesini ve nihai sağlık durumu ve şahsi durumuna uygun hale getirilmesini isteyebilir. Bu hak, hastanın sağlık durumu ile ilgili raporlara itiraz ve aynı veya başka kurum ve kuruluşlarda sağlık durumu hakkında yeni rapor düzenlenmesini isteme haklarını da kapsar.” “Madde 24/7- Hastanın rızasının alınmadığı hayati tehlikesinin bulunduğu ve bilincinin kapalı olduğu acil durumlar ile hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak durumun varlığı halinde, hastaya tıbbi müdahalede bulunmak rızaya bağlı değildir. Bu durumda hastaya gerekli tıbbi müdahale yapılarak durum kayıt altına alınır. Ancak bu durumda, mümkünse hastanın orada bulunan yakını veya kanuni temsilcisi; mümkün olmadığı takdirde de tıbbi müdahale sonrasında hastanın yakını veya kanuni temsilcisi bilgilendirilir. Ancak hastanın bilinci açıldıktan sonraki tıbbi müdahaleler için hastanın yeterliği ve ifade edebilme gücüne bağlı olarak rıza işlemlerine başvurulur.”; <https://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=7.5.4847&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=hasta%20haklar%C4%B1>, (15.02.2020).

Ayrıca kişisel sağlık verilerinin gizliliğini sağlamak adına; Yataklı Tedavi Kurumları Tıbbî Kayıt ve Arşiv Hizmetleri Yönergesi Ek-5 'te (6.6.2007-5228 sayılı onayla eklenen) belirtilen idari ve teknik düzenlemeler, Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi Müesseseleri Hakkında Nizamname m.5¹²⁹, Hasta Hakları Yönetmeliği m. 21 ve 23¹³⁰ gibi düzenlemeler örnek olarak gösterilebilir.

C. SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN HUKUKİ NİTELİĞİ

Sır saklama yükümlülüğünün hukuki dayanaklarına değinmeden önce gerek sır sahibinin gerekse de sağlık mesleği mensuplarının hak ve yükümlerinin doğru tespit edilebilmesi açısından sır saklama yükümlülüğünün hukuki niteliğinin ne olduğunun değerlendirilmesi gerekmektedir. Sır saklama yükümlülüğünün hukuki niteliğinin ne olduğu hususu disiplinler arası bir sorun olduğundan doktrinde tartışmalıdır. Temel olarak sır saklama yükümlülüğünün sözleşmeden kaynaklandığı, kamu düzeninden kaynaklandığı ve karma bir nitelik taşıyarak her ikisini de kapsadığını ifade eden üç görüş ekseninde bu husus çözümlenmektedir.

¹²⁹ “Madde 5- Muayene odalarını, içerisinde insan bulunan diğer odalarla birleştiren kapılar ve kenarları, hiç muzır ışık geçmeyecek şekilde kurşunla örtülmüş olacaktır.”, <https://www.saglik.gov.tr/TR,10480/radyoloji-radyom-ve-elektrikle-tedavi-muesseseleri-hakkinda-nizamname.html>, (15.02.2020).

¹³⁰ “Madde 21- Hastanın, mahremiyetine saygı gösterilmesi esastır. Hasta mahremiyetinin korunmasını açıkça talep de edebilir. Her türlü tıbbi müdahale, hastanın mahremiyetine saygı gösterilmek suretiyle icra edilir. Mahremiyete saygı gösterilmesi ve bunu istemek hakkı;

a) Hastanın, sağlık durumu ile ilgili tıbbi değerlendirmelerin gizlilik içerisinde yürütülmesini,
b) Muayenenin, teşhisin, tedavinin ve hasta ile doğrudan teması gerektiren diğer işlemlerin makul bir gizlilik ortamında gerçekleştirilmesini,
c) Tıbben sakınca olmayan hallerde yanında bir yakınının bulunmasına izin verilmesini,
d) Tedavisi ile doğrudan ilgili olmayan kimselerin, tıbbi müdahale sırasında bulunmamasını,
e) Hastalığın mahiyeti gerektirmedikçe hastanın şahsi ve ailevi hayatına müdahale edilmemesini,
f) Sağlık harcamalarının kaynağının gizli tutulmasını, kapsar.

Ölüm olayı, mahremiyetin bozulması hakkını vermez.

Eğitim verilen sağlık kurum ve kuruluşlarında, hastanın tedavisi ile doğrudan ilgili olmayanların tıbbi müdahale sırasında bulunması gerekli ise; önceden veya tedavi sırasında bunun için hastanın ayrıca rızası alınır.”,

“Madde 23- Sağlık hizmetinin verilmesi sebebiyle edinilen bilgiler, kanun ile müsaade edilen haller dışında, hiçbir şekilde açıklanamaz. Kişinin rızasına dayansa bile, kişilik haklarından bütünüyle vazgeçilmesi, bu hakların başkalarına devri veya aşırı şekilde sınırlandırılması neticesini doğuran hallerde bilginin açıklanması, bunları açıklayanın hukuki sorumluluğunu kaldırmaz. Hukuki ve ahlaki yönden geçerli ve haklı bir sebebe dayanmaksızın hastaya zarar verme ihtimali bulunan bilginin ifşa edilmesi, personelin ve diğer kimselerin hukuki ve cezai sorumluluğunu da gerektirir. Araştırma ve eğitim amacı ile yapılan faaliyetlerde de hastanın kimlik bilgileri, rızası olmaksızın açıklanamaz.”, <https://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=7.5.4847&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=hasta%20haklar%C4%B1>, (15.02.2020).

1. Sır Saklama Yükümlülüğünün Hukuki Niteliğini Özel Hukuk Kurumlarıyla Açıklayan Görüşler

Doktrinde sır saklama yükümlülüğünün hukuki niteliğini özel hukuk kurumlarıyla açıklayan yazarlar sözleşme ilişkisinden kaynaklanan sorumluluk ve sözleşme dışı sorumluluk olarak görüş ayrılığındadırlar.

a. Hasta ile Sağlık Mesleği Mensubu Arasındaki İlişkinin Sözleşme İlişkisinden Kaynaklandığını Savunan Görüş

Birinci görüş¹³¹; sır sahibi ile sırrı saklaması gereken arasında sözleşmesel bir ilişkinin mevcut olduğunu ve bu ilişkiye dayanarak sır saklama yükümlülüğünün ve sadakat borcunun doğduğunu ifade etmektedir. Sır sahibi güven ilişkisine dayanarak sağlık mesleği mensubu sırrını paylaşır, sağlık mesleği mensubu ise bu sırrı sözleşme ilişkisi çerçevesinde kabul eder. Bir başka deyişle sırrı paylaşan sır sahibi zımnen veya açık bir şekilde bir amaca ulaşmak maksadıyla sırrı paylaşırken sağlık mesleği mensubu da zımnen veya açık olarak sırrı saklamayı kabul eder.

Bu durum taraflar arasında karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı olduğunu ortaya koymaktadır. Çünkü sır ile korunan yarar kişisel yarar olup sırrı saklama yükümlülüğü nisbi nitelik taşımaktadır. Sır sahibi sırrın paylaşılmasını kabul ettiği takdirde sır ifşa edilebilecektir¹³². Açıklanan bu hususlar sebebiyle sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranıldığı hallerde hangi sözleşme türüne aykırı olursa olsun sözleşme hukukuna aykırılıktan doğacak sonuçlar doğacaktır.

Uygulamada sağlık mesleği mensuplarının sorumluluğuyla ilgili doğan birçok tartışmada sözleşme ilişkisi bulunmaktadır. Tedavi sözleşmesi, hekimlik sözleşmesi

¹³¹ Hasan Erman, "Hekimin Hukuki Sorumluluğu", Bülent Davran'a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını, No:6, İstanbul, 1998, ss. 143-144., Cemali Öztürkler, Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara, 2006, ss. 57-60, Filiz Yavuz İpekyüz, Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, ss. 56-73., Mehmet Demir, Hekim ve Hastahane Yönünden Tıbbi Sorumluluk Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, ss. 118-121., Battal Yılmaz, Açıklamalı- İçtihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Adalet Yayınları, 3. Baskı, Ankara, 2017, ss.33-43. Mehmet Ayan, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Kazancı Matbaacılık, Ankara, 1991, ss. 49-62. Hamit Hancı, Malpraktis Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara, 2006, ss. 147-151., Berna Özpmar, "Hekimlerin Yapay Döllenmelerde Hukuki Sorumluluğu", II. Sağlık Kurultayı, Ankara 7-8 Kasım 2008, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2008, s. 41, Mehmet Demir, "Hekimlik Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğun Koşulları", I. Sağlık Kurultayı, Ankara 1-3 Kasım 2007, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2008, s.153

¹³² Donay, ss. 51-53.

gibi birçok isim altında sır sahipleriyle sağlık mesleği mensupları ya da çalıştıkları kurumlar arasında sözleşme ilişkisi kurulmaktadır. Bu kurulan sözleşme ilişkilerinde diğer sözleşme ilişkilerine nazaran daha fazla özen yükümlülüğünü beraberinde getirmektedir. Çünkü genel olarak korunan hukuki değerler vücut bütünlüğü ve özel hayatın gizliliğidir. Sözleşmeye aykırı bir davranış ağır ihlallere sebebiyet verebilecektir.

Kurulan bu sözleşme ilişkilerinde mutlaka başarılı olunacağı gibi bir netice garanti altına alınmamaktadır. Sağlık mesleği mensupları yalnızca tıp ilminin öngördüğü esaslar ve aldıkları eğitim çerçevesinde üzerlerine düşeni yapmakla yükümlüdürler¹³³. Ayrıca bu sözleşme ilişkilerinde taraflar arasında denge bulunmamaktadır. Bir tarafında ihtisas ve yetenek bakımından üstün olan sağlık mesleği mensupları bulunurken diğer tarafında yardıma muhtaç ve bilgi sahibi olmayan kimseler bulunmaktadır. Sadece bu durum bile bu kurulan sözleşme ilişkilerindeki güven ilişkisinin önemini ortaya koymaktadır¹³⁴. Bu sebeple bu güven ilişkisi özel olarak korunmalıdır.

Sağlık mesleği mensubu bu güven ilişkisine aykırı olarak hareket edemeyeceği gibi sır sahibine ilişkin tuttuğu hasta kayıtlarını dahi hastalık seyrinin kayıt altına alınmasının zorunlu olması ve ihtiyaç halinde gerçek kayıtlara ulaşmak amacıyla sınırlı olmalıdır¹³⁵. Tüm bu açıklamalar doğrultusunda sır saklama yükümlülüğünün hukuki niteliğinin hangi sözleşme türüne ilişkin olduğu husus doktrinde tartışmalıdır. Sözleşme ilişkisini savunan yazarlar kendi aralarında da vekaletsiz işgörme, haksız fiil ve iş görme amacı güden sözleşme ilişkileri olmak üzere üçe ayrılmaktadır. İşgörme amacı güden sözleşme ilişkisinin savunan yazarlar da hizmet akdi, eser akdi ve vekalet akdi görüşü olmak üzere üçe ayrılmaktadırlar.

(1) Hasta ile Sağlık Mesleği Mensubu Arasındaki İlişkinin Hizmet Sözleşmesinden Kaynaklandığını Savunan Görüş

İlk görüş sır saklama yükümlülüğünün hukuki niteliğinin iş görme amacı güden sözleşme türlerinden olan hizmet akdi olduğu yönündedir. Türk Borçlar Kanunun 393.

¹³³ Musatafa Reşit Belgesay, Tıbbi Mesuliyet, Sıralar Matbaası, İstanbul, 1953, s. 76.

¹³⁴ Sinem Karasu, Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, ss. 20-21.

¹³⁵ Büyükay, s. 384.

maddesinin birinci fıkrasında “*Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle işgörmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.*” diyerek genel olarak hizmet sözleşmesi tanımlanmıştır.

Hizmet akdi iki tarafa tam borç yükleyen, ivazlı, sürekli borç doğuran ve işçinin kişiliğine bağlı bir akid türüdür. İşçi, işgörmeye borcunu yerine getirirken kişisel becerisi ve yeteneği önem arz ettiğinden yalnızca gerçek kişiler bu sözleşme türünün tarafını oluşturan işçi sıfatına sahip olabilecektir¹³⁶. Tanımdan da yola çıkarak bir hukuki ilişkinin hizmet sözleşmesi niteliği taşıyabilmesi için sözleşmenin işçi tarafını oluşturan kişi bakımından bir işgörmeye borcu doğurması gerektiği söylenmelidir. Bu işgörmeye belirli bir sonuca ulaşması gerekmemektedir. Özünde emek harcanarak belirli bir uğraşıda bulunmak yeterli olacaktır¹³⁷. Bu işgörmeye temel insan emeğine dayanmalıdır. Ekonomik bir değer taşıyan her türlü emek harcaması bu kapsamda kabul edilecektir.

Bir diğer unsur ise bu işgörmeye belirli veya belirsiz bir süreliğine üstlenilmiş olması gerekmektedir. Burada sürenin belirli veya belirsiz olmasından kasıt bir süreklilik içermesidir. Bu süreklilik içerisinde taraflar arasında bir ast-üst ilişkisi bulunmaktadır. Belirli veya belirsiz işgörmeye neticesinde işveren karşılık olarak bir ücret ödemelidir. Çünkü hizmet sözleşmeleri her iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdendir. Tüm bunların neticesinde tarafların karşılıklı ve birbirine uygun bir rıza beyanıyla anlaşma tesis etmeleri gerekmektedir¹³⁸.

Her ne kadar kanun hükmünde hizmet sözleşmesinde işçi ile işveren arasındaki bağımlılık ilişkisi yer almasa da doktrinde ve uygulamada hizmet sözleşmesinde bağımlılık unsurunun bulunması gerektiği hakim görüştür¹³⁹.

¹³⁶ Fikret Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, 4. Bası, Ankara, 2017, s. 534.

¹³⁷ Eren, s. 535.

¹³⁸ Aydın Zevkliler ve K. Emre, Gökyayla, Borçlar Hukuku- Özel Borç İlişkileri, Turhan Kitapevi, 18. Bası, Ankara, 2018, ss. 426-431., Kenan Tunçomağ, Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Sermet Matbaası, 2. Cilt, İstanbul, 1977, ss. 813-814., Cevdet Yavuz ve diğerleri, Borçlar Hukuku (Özel Hükümler), Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018, ss. 467-468.

¹³⁹ Eren, s. 535, Yavuz ve diğerleri, s. 473, Zevkliler ve Gökyayla, s. 431, Tunçomağ, s. 840., İpekyüz, s. 57,

Bu unsurların yanında bir hizmet sözleşmesini diğer işgörmeye amacı güden sözleşmelerden ayıran temel özelliklerinden biri bağımlılık ilişkisinin bulunmasıdır. Bağımlılık unsuru Yargıtay tarafından¹⁴⁰ “... hizmet akdinin ayırıcı ve belirleyici özelliği, “zaman” ve “bağımlılık” unsurlarıdır. Zaman unsuru, çalışanın iş gücünü belirli veya belirsiz bir süre içinde işveren veya vekilinin buyruğunda bulundurmasını kapsamaktadır ve anılan sürede buyruk ve denetim altında (bağımlılık) edim yerine getirilmektedir. Bağımlılık ise, her an ve durumda çalışanı denetleme veya buyruğuna göre edimini yaptırma olanağını işverene tanıyan, çalışanın edimi ile ilgili buyruklar dışında çalışma olanağı bulamayacağı nitelikte bir bağımlılıktır. Hizmet akdi, çoğu kez Borçlar Kanununun 470. maddesinde tanımlanan istisna akdi (eser sözleşmesi) ile karıştırılabilmekte, ikisinin ayırt edilebilmesi bazı durumlarda güçleşmektedir. Çalışan, iş gücünü belirli veya belirsiz bir zaman için çalıştırmanın buyruğunda bulundurmakla yükümlü olmayarak, işveren buyruğuna bağlı olmadan sözleşmedeki amaçları gerçekleştirecek biçimde edimini görüyorsa, sözleşmenin amacı bir eser meydana getirmekse, çalışma ilişkisi istisna akdine dayanıyor demektir. Hizmet akdinde ise çalışan, emeğini iş sahibinin emrine hazır bulundurmaktadır ve ücret, faaliyetin meydana gelmesinin sonucu için değil, bizzat yapılan faaliyetin karşılığı olarak ödenmektedir.” şeklinde tanımlanmaktadır. Bağımlılık unsuru işçiyi işverene kişisel yönden, işyeri düzeni bakımından ve ekonomik yönden bağımlı kılmaktadır.

Tüm bu açıklamalar doğrultusunda bir hizmet sözleşmesini diğer sözleşme türlerinden ayıran temel özelliklerin bağımlılık ilişkisi ve zaman unsuru olduğu görülmektedir. Başta hekimler olmak üzere sağlık mesleği mensupları ile sır sahipleri arasındaki ilişkide bir bağımlılık bulunmamaktadır. Sağlık mesleği mensupları sır sahibinin emir ve talimatlarına bağlı kalmaksızın mesleğinin gerektirdiği şekilde ve kanunun ona yüklediği sorumluluklar çerçevesinde hareket etmektedir.

Çalışmamıza konu olan suç tipi göz önünde bulundurulduğunda sağlık mesleği mensubu karşılaştığı suçu bildirmek yükümlülüğü altında olduğu için artık burada sır sahibi ile aralarında bir bağımlılık ilişkisinin bulunduğu söylenemeyecektir¹⁴¹. Sağlık

¹⁴⁰Yrg. Hgk, 21.02.2018 tarih ve Esas: 2015/21-139, Karar:2018/316, www.kazanci.com.tr, (22.01.2020)

¹⁴¹ Reşat Atabek ve Merih Sezen, “Hekimin Mesuliyeti”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:39, Sayı:2, İstanbul, 1954, s. 142, Belgesay, s. 76, İpekyüz, s. 57,

mesleği mensubunun aynı zamanda sır sahibine ekonomik bir bağımlılığı da bulunmamaktadır. Buradaki ilişkisi taraflar arasındaki güven ilişkisine dayanmaktadır. Süreç içerisinde güven ilişkisinin ortadan kalkması halinde taraflar dilerse sözleşme ile bağlı olmayacaklardır¹⁴².

Süre bakımından özellikle başta aile hekimleri olmak üzere¹⁴³ sigorta, kamu idaresi, sendika gibi teşekküllerde çalışan hekimler bakımından¹⁴⁴ tartışmalar bulunsa da belirli bir süre bulunmamakta hastalığın seyri süreci şekillendirdiğinden yukarıda açıklanan hususlar yine sır sahibi ile sağlık mesleği mensubu arasındaki ilişkinin hizmet sözleşmesinden kaynaklanmadığını ortaya koymaktadır¹⁴⁵. Nitekim sır saklama yükümlüğünün hukuki niteliğinin hizmet sözleşmesi olmadığı hususunda doktrinde görüş birliği bulunmaktadır¹⁴⁶.

(2) Hasta ile Sağlık Mesleği Mensubu Arasındaki İlişkinin Eser Sözleşmesinden Kaynaklandığını Savunan Görüş

Türk Borçlar Kanunu’nun 470. maddesinde “*Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir*” şeklinde eser sözleşmesi tanımlanmıştır. Eser sözleşmesinin tarafları yüklenici ve iş sahibinden oluşmaktadır. Eser sözleşmesi nitelik itibarıyla ivazlı, tam iki tarafa borç yükleyen, rızai ve ani edimli bir sözleşme türüdür.

Yüklenici bir eser meydana getirme borcu altına girdiği için hizmet sözleşmesi ve vekalet sözleşmesinden ayrılmaktadır. Bu meydana getirilen eser karşısında işveren bir bedel ödemek yükümlülüğü altındadır. Bu bedelin sözleşme kurulurken kararlaştırılması yeterli olup miktarının o anda belirlenmesi şart değildir.

Madde tanımından yola çıkıldığında eser sözleşmesinin en temel unsuru “*eser*” unsurudur. Sır saklama yükümlülüğünün hukuki niteliği eser sözleşmesi

¹⁴² Karasu, s. 25.

¹⁴³ Aile Hekimleri Bakımından Hizmet Sözleşmesi İlişkisiyle İlgili Tartışma İçin Bakınız: Karasu, ss.23-25., İpekyüz, s. 58-59, Zarife, Şenocak, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 529, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye Yayınları No:44, Ankara, 1998, s. 24, Seza, Reisoğlu, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, s. 12.

¹⁴⁴ Donay, Meslek Sırrının Açıklanması Suçu, ss. 54-55.

¹⁴⁵ Ayan, s. 54.

¹⁴⁶ Ayan, s. 55, Karasu, s. 23, Reisoğlu, s. 12, Belgesay, s. 76, Atabek ve Sezen, s. 142.

olabilir mi? sorusunun yanıtlanabilmesi için öncelikle eser kavramından ne anlamamız gerektiği önem arz etmektedir. Doktrinde eserin yalnızca maddi olabileceği ve hem maddi hem de manevi olabileceği yönünde iki görüş bulunmaktadır. Birinci görüşü göre eser¹⁴⁷; belirli bir maddi varlığa, cisme sahip olup devredilebilen ve teslim edilebilen şey olarak tanımlanmaktadır. Yalnızca maddi eserler bu sözleşme tipinin konusunu oluşturabilecektir. Bunun dışında kalan manevi eserler ancak vekalet sözleşmesinin unsurunu oluşturabilecektir. Bu maddi eserler taşınır veyahut taşınmaz olabileceği gibi insan eliyle veya makinayla yapılması önem arz etmemektedir. Eserin yalnızca meydana getirilmesi yeterli olmayıp edimin ifa edilebilmesi için eserin teslimi de gerekmektedir.

Doktrinde hakim olan diğer görüşe göre ise¹⁴⁸ TBK m. 470 kapsamındaki eser kavramını dar yorumlamamak gerektiği hem maddi hem de manevi eserlerin bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir. Bu görüşe göre objektif olarak bir bütünlük arz eden çalışma sonucunda meydana gelen maddi veya manevi her türlü şey eser anlamına gelmektedir. Eser yaratılabileceği gibi mevcut bir nesnede değişiklik veyahut düzenlemeler yapılmasıyla da ortaya konulabilecektir. Fakat belirtmek gerekir ki maddi varlığa sahip olmayan her şey eser olarak kabul edilemeyecektir. Sonuç taahhüt edilemeyecek edimler eser sözleşmesinin konusu olamayacaktır¹⁴⁹. Bu sebeple sağlık faaliyetleri eser sözleşmesinin konusunu oluşturamayacaktır. Fakat sağlık hizmeti olarak yürütülen bir faaliyette sonuç taahhüt edilebiliyorsa örneğin; diş protezi, sonuç verilebilecek bir estetik ameliyat bakımından artık eser sözleşmesi hükümleri uygulanabilecektir. Bir başka deyişle sonuç için teminat verilebilecek bir edim söz konusu ise eser sözleşmesi aksi halde cerrahi müdahalelerin kişisel özellik

¹⁴⁷ Bu görüş hakkında detaylı bilgi için bakınız: Fahrettin Aral ve Hasan Ayrancı, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 11. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2018, s. 361, Eren, ss. 588-589.

¹⁴⁸ Eren, ss. 589-591, Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İstisna (Eser) ve Vekalet Sözleşmeleri, Vekaletsiz İş Görme, Kefalet Ve Garanti Sözleşmeleri, Cilt:2, Ankara, 1982, s.4, Necip Bilge, Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1971, s. 245., Aral ve Ayrancı, s. 361, Yavuz Acar, Özen, s. 530, Murat, Aydoğdu ve Nalan Kahveci, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), Adalet Yayınevi, 4. Bası, Ankara, 2019, ss.749-750., Aral ve Ayrancı, s. 362., İpekyüz, s. 60.

¹⁴⁹ Aral ve Ayrancı, s. 364.

taşıması ve güven ilişkisine dayanması sebebiyle eser sözleşmesi hükümleri değil de vekalet sözleşmesi hükümleri uygulanacaktır¹⁵⁰.

Buna karşılık bağımsız bir hukuki varlığa sahip olmayıp bütünlük arz etmeyen örneğin; bir hastanın tedavisi, bir hastanın beynindeki tümörün ameliyatla alınması gibi bir halde artık eserden söz edilemeyecektir¹⁵¹. Örneğin; inşaat projesinin çizilmesi, talep üzerine bilgisayar programının yazılması, terzinin sökülük çekti dikmesi, gazeteye ilan verilmesi, konser verilmesi¹⁵², film senaryosu, bilimsel mütalaalar, bilirkişi raporları¹⁵³ maddi olmayan nitelikteki eserlere örnek verilebilecektir.

Bu görüşle paralel bir diğer görüş ise¹⁵⁴ maddi ve manevi işgörme sonuçlarını eser kabul etmesine karşın manevi şeylerin eser kabul edilebilmesi için en azından cismani bir destek üzerinde veya birlikte bulunması gerektiği ifade edilmektedir. Hakim görüş eser kavramına dahil olabilmesi için şekilsel olarak belirgin olmasının ya da maddi bir cisim üzerinde sürekli yer alması gerektiği görüşünün objektif kıstaslara dayanmaması sebebiyle eleştirmektedirler. Bu görüşe göre objektif olarak bütünlük arz etme borçlunun meydana getirmesinde yeterli olan her şey eser olarak kabul edilmelidir. Aksi halde havai fişek gösterisinin videoya alınması halinde eser sözleşmesi, diğer halde vekalet sözleşmesinin doğacağı gibi absürt sonuçlar meydana gelecektir¹⁵⁵.

Tüm bu açıklamalar doğrultusunda eser sözleşmesinin ana konusunu sonuçta üretilen bir eser, eserin teslimi ve bunun karşılığında ödenen ücret oluşturmaktadır. Aynı zamanda eser sözleşmesinde yalnızca eseri meydana getirmek edimi değil sonuç olarak kabul edilen eser meydana getirilmez ise doğacak zarardan yüklenicinin sorumluluğu doğacaktır.

¹⁵⁰ Zevkliler ve Gökyayla, ss.465-467, Tandoğan, ss. 5-6, Aral ve Ayrancı, s. 364.

¹⁵¹ Yavuz, Acar, Özen, s. 530., İpekyüz, s. 60.

¹⁵² Aydoğdu ve Kahveci, s. 749.

¹⁵³ Eren, s. 590.

¹⁵⁴ Aynı görüş insan bedeni üzerinde emek harcanarak elde edilen sonuçların da eser kapsamında kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Örneğin; Kuaförün saç Kesmesi gibi. Zevkliler ve Gökyayla, ss.462-465.

¹⁵⁵ Eren, ss. 591-592.

Hizmet sözleşmesinde değinildiği gibi başta hekimler olmak üzere sağlık mesleği mensupları ile sır sahipleri arasında bir ekonomik bağımlılık bulunmamakta ve herhangi bir iyileşme sonucu garanti edilmemektedir. Buradaki ilişkide sağlık mesleği mensubunun bir şeyin yapımı değil hastanın sağlığını kazanması için özen ve içten bağlılıkla çalışması esastır. Bu çalışma sürecinde ilme ve tıp bilimine uygun olarak gerekli sağlık faaliyetleri yürütülür. Bu sebeple sağlık mesleği mensubu aksi neticelerden kusurlu olmadıkça sorumlu olmayacaktır¹⁵⁶.

Burada doktrinde tartışmalı olan husus özellikle hekimler bakımından yapılan estetik operasyonlarda örneğin; diş protezi takılması, cerrahların tedavi amacıyla değil de güzellik amacıyla yaptığı estetik operasyonlar gibi işlemlerde eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağıdır¹⁵⁷. Nitekim Yargıtay birçok kararında da açık bir şekilde bu gibi hallerde eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağını ifade etmektedir. Çünkü bu tarz işlemlerde hekimler başarılı bir sonuç taahhüt etmekte ve bunun karşılığında bir ücret almaktadırlar.

Fakat yukarıda belirttiğimiz üzere bu gibi istisnai haller dışında kalan sağlık mesleği mensubu ile hasta arasındaki ilişkiler bakımından borç altına girilirken mahiyetinin önceden tartılamaması ve sağlık mesleği mensubunun gücü dışında kalan faktörlerin de etken olduğu göz önünde bulundurulduğunda eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanması mümkün değildir¹⁵⁸. Nitekim eser akdinde iş sahibinin akdi feshetmesi halinde yüklenicinin zararı, yaptığı masraflar ve yoksun kaldığı karın ödenmesi gerekmektedir. Fakat sağlık mesleği mensuplarının hastanın hizmetten vazgeçmesi halinde yalnızca o ana kadar yapılan tedavinin karşılığını ödemesi de eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanamayacağını göstermektedir¹⁵⁹. Yine ayıba karşı

¹⁵⁶ Hancı, ss. 150-151. Ayan, s.55, Belgesay, s. 77.

¹⁵⁷ İpekyüz, s. 61, Hancı, ss. 150-151., Çetin Aşçıoğlu, Doktorların Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Olgaç Matbaası, Ankara, 1982, s. 35., Karasu, ss. 27-29., Belgesay, s. 77. Estetik Ameliyatların Tıbbi Müdahale Niteliğinde Olup Olmadığına İlişkin Detaylı Tartışma İçin Bakınız: Çağlar Özel, “Türk Hukukunda Estetik Cerrah ile Hasta Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği”, II. Sağlık Kurultayı, Ankara 7-8 Kasım 2008, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2008, s.243 vd., Bedia Boran, “Estetik Cerrahi Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, II. Sağlık Kurultayı, Ankara 7-8 Kasım 2008, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2008, s.254, Erhan Temel, “Alman Hukukunda Estetik Cerrah ile Hasta Arasındaki İlişki”, II. Sağlık Kurultayı, Ankara 7-8 Kasım 2008, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2008, s. 228. Aksi bir görüşe göre ise; estetik ameliyatlar borçlar kanunu anlamında eser sonucunu doğurmadığı için o hallerde de vekalet sözleşmesine ilişkin hükümler geçerli olmalıdır. Ayan, s. 56.

¹⁵⁸ Tandoğan, s. 21. İpekyüz, s. 64.

¹⁵⁹ Donay, Meslek Sırrının Açıklanması Suçu, s. 45.

tekeffül hükümlerinin sağlık faaliyetlerinde uygulanamaması da bu görüşü desteklemektedir¹⁶⁰.

(3) Hasta ile Sağlık Mesleği Mensubu Arasındaki İlişkinin Vekalet Sözleşmesinden Kaynaklandığını Savunan Görüş

Türk Borçlar Kanunu'nun 502. maddesinde "*Vekâlet sözleşmesi, vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmedir*" şeklinde vekalet sözleşmesinin tanımı yapılmıştır. Kanuni tanımından yola çıkarak vekalet sözleşmesinde vekil, vekalet verenin iradesine ve menfaatine uygun olarak belirli bir işi yapması ya da işlemin görülmesini bir zaman kaydına bağlı olmaksızın, nispeten bağımsız olarak ve sonucun elde edilememesi halinde doğacak rizikonun vekile ait olmadığı, ancak sözleşme ve teamül durumlarında vekilin ücrete hak kazandığı sözleşmedir¹⁶¹.

Vekalet sözleşmesi iki tarafa borç yükleyen, kural olarak ivazlı istisna olarak ivazsız, sürekli sözleşme benzeri bir sözleşme türüdür. Bu sözleşme türü kural olarak eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmedir. TBK m. 502/3 "*Sözleşme veya teamül varsa vekil, ücrete hak kazanır*" hükmü gereği ücretin bu sözleşme türünde asli bir edim ve zorunlu unsur olmadığı görülmektedir. Bu sebeple eğer vekalet sözleşmesinde ücret kararlaştırılmış ise artık tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliği kazanacaktır. Fakat uygulama ve gelişen teamül ile artık vekalet sözleşmelerinin tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme türü halini aldığı görülmektedir¹⁶².

Bu sözleşme türü karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulan, kural olarak herhangi bir şekil şartı taşımayan bir sözleşme türüdür. Açık veya örtülü beyan ile kurulabilecektir.

Bu noktada TBK m. 6 ile TBK m. 503 arasındaki ilişkiye değinmek gerekir. TBK m.6 "*Öneren, kanun veya işin özelliği ya da durumun gereği açık bir kabulü*

¹⁶⁰ Adli Tıp veya Yüksek Sağlık Şurası bakımından dosyadaki delillerin incelenmesi ayıba karşı tekeffül uygulaması olarak kabul edilmemektedir. Hancı, s. 125, Aşçıoğlu, s. 134, İpekyüz, s. 64,

¹⁶¹ Eren, ss. 705-706, 711. Yavuz ve diğerleri, s. 624, Zevkliler ve Gökyayla, s. 596, Tandoğan, s. 356., Aral ve Ayrancı, s. 434., Hancı, s. 148., İpekyüz, s. 64,

¹⁶² Eren, s. 706, Bazı yazarlar vekalet sözleşmesinin unsurlarını zorunlu unsurlar ve zorunlu olmamakla beraber bazı durumlarda gerçekleşen unsurlar olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutmaktadır. Yavuz ve diğerleri, ss. 629-630, Zevkliler ve Gökyayla, ss. 603-605, Tandoğan, s. 190., Aral ve Ayrancı, s. 437., İpekyüz, s. 69.

beklemek zorunda değilse, öneri uygun bir sürede reddedilmediği takdirde, sözleşme kurulmuş sayılır” diyerek örtülü kabul ile sözleşmenin kurulabileceğini ifade etmektedir. TBK m. 503 ile örtülü rıza beyanına bir istisna getirilmiştir. Madde metninde *“Kendisine bir işin görülmesi önerilen kişi, bu işi görme konusunda resmî sığata sahipse veya işin yapılması mesleğinin gereğı ise ya da bu gibi işleri kabul edeceğını duyurmuşsa, bu öneri onun tarafından hemen reddedilmedikçe, vekâlet sözleşmesi kurulmuş sayılır”* demek suretiyle md. 6’da bulunan uygun süreye yer vermeyerek *“hemen reddedilmedikçe”* kavramını kullanmış ve kabul için irade beyanına bir zaman sınırlaması getirmiştir. Yine madde metninde *“işin yapılması mesleğinin gereğı ise”* dendiğinden sağlık mesleğı mensuplarını bu madde kapsamında değerlendirmemiz gerekecektir¹⁶³.

Süre bakımından ise bazen sürekli nitelik taşıyabileceğı gibi bazen de görülen işin doğası gereğı örneğın; avukatın bir davada vekalet üstlenmesi, özel bir hastalık sebebiyle hekime vekalet verilmesi gibi durumlarda zamana yayılan ve bu zaman içerisinde iş görme işlemi devam ettiğinden sürekli sözleşmelere benzer bir sözleşme niteliğı kazanmaktadır. Vekâlet sözleşmesinin zaman kaydına bağılı olmama özelliğı onu hizmet sözleşmesinden ayıran en temel özelliklerinden biridir. Zaman kaydına bağılı olmama hususunu ise TBK m. 502’nin birinci fıkrasından değil de ikinci fıkrasının karşıt anlamından çıkarabiliriz¹⁶⁴.

Burada önemli olan husus vekalet sözleşmesinin bir nevi torba ya da şemsiye iş görme sözleşmesi niteliğında olduğudur. Çünkü TBK m. 502/2’de *“Vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan iş görme sözleşmelerine de uygulanır”* denmesi sebebiyle Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlenmeyen ve özelliklerine uygun olduğü ölçüde akdedilen iş görme akitlerine vekalet sözleşmesi hükümleri kıyasen uygulanacaktır. Fakat bu sözleşme türleri otomatik bir şekilde vekalet sözleşmesi olarak kabul edilmeyecektir¹⁶⁵.

¹⁶³ Eren, ss. 711-713, Yavuz ve diğerleri, s. 636-637. Zevkliler ve Gökyayla, s. 606. Aral ve Ayrancı, ss. 441-443.

¹⁶⁴ Eren, ss. 707-708, Yavuz ve diğerleri, s. 629, Zevkliler ve Gökyayla, s. 599., Aral ve Ayrancı, s. 438., Hancı, s. 148.

¹⁶⁵ Eren, s. 706., Zevkliler ve Gökyayla, s. 600, Aral ve Ayrancı, ss. 440-441. Bazı yazarlar bir iş görme sözleşmesi kanunda düzenlenmiş olmasına karşı kanunda düzenlenmeyen hususlarına ilişkin yine vekalet sözleşmesi hükümlerinin kıyasen uygulanabileceğini savunmaktadırlar. Yavuz ve diğerleri, s. 625.

Vekalet sözleşmesinde borç olarak bir yapma edimi kararlaştırılabilir. Yapmama gibi bir edim söz konusu olamaz. Ancak asli bir edime ek ikincil bir edim olarak kararlaştırılabilecektir. Aynı şekilde haksız fiil niteliğindeki bir edim de kararlaştırılamayacaktır¹⁶⁶.

Vekil, vekalet verenin menfaatine edimi yerine getirmektedir. Bu sebeple yalnızca vekilin menfaatini içeren bir vekalet sözleşmesi kurulmayacaktır. Fakat her iki tarafın menfaatini içerek örneğin; vekilin iş görmesi karşılığında ücret aldığı hallerde her iki tarafın menfaati söz konusu olacaktır. Bu sözleşme tarafları bakımından kişisel bir nitelik taşımaktadır.

Vekil sıfatını haiz kimse genelde bir konuda uzmanlığa sahip veyahut bir meslek sahibi olan kişidir. Bu uzmanlık sebebiyle de vekaleti veren kişiye karşı hizmet sözleşmesinden farklı olarak herhangi bir bağımlılığı bulunmamaktadır. Burada yoğun bir güven ilişkisinden kaynaklanan bir sözleşme vardır. Nitekim bunun kanundaki yansıması TBK m. 512’de sözleşmenin tek taraflı irade beyanıyla feshedilebileceğinin açık bir şekilde düzenlemesidir. Güven ilişkisi sonra erdiği takdirde taraflardan biri irade beyanıyla sözleşmeyi feshedebilecektir. Bu sözleşme türünün konusunu maddi bir fiil de hukuki bir fiil de oluşturabilir. Örneğin; hekimin hastayı ameliyat etmesi, hastalığın teşhisi için laborantın sıvı örneği alması gibi¹⁶⁷.

Vekalet sözleşmesinde eser sözleşmesinde olduğu gibi bir sonuç aranmaz. Burada vekalet sözleşmesinin konusunu başlı başına edime konu fiil oluşturmaktadır. Elbette ki vekilin fiili bir sonuca ulaşmaya yönelik olabilir. Fakat burada eser sözleşmesinden farklı olarak vekil sonucu garanti etmek yükümlülüğü altında değildir. Vekilin sonuca yönelik gerekli çabayı ve özeni göstermesi yeterlidir. Vekilin tüm çabası ve özenine rağmen sonucun elde edilememe tehlikesine vekaleti veren katlanmalıdır. Örneğin; hekim hastayı tedavi ettiği süre içerisinde sağlığı daha da kötüye giderse bu neticeden sorumlu tutulamayacaktır¹⁶⁸.

¹⁶⁶ Eren, s. 708, Yavuz ve diğerleri, s. 626, Zevkliler ve Gökyayla, ss. 597-602, Aral ve Ayrancı, s. 436.

¹⁶⁷ Eren, ss. 709-710., Yavuz ve diğerleri, s. 627, Zevkliler ve Gökyayla, ss. 597-598, Aral ve Ayrancı, s. 434.

¹⁶⁸ Eren, s. 710, Yavuz ve diğerleri, s. 629, Zevkliler ve Gökyayla, s. 598, Tandoğan, s.356., Aral ve Ayrancı, s. 438. İpekyüz, s. 69. Bazı yazarlara göre estetik operasyonlar olan örneğin; protez takma işlemleri dışında sonuç elde edilmesi amacı yoktur. Hancı, ss. 148-149.

Tüm bu açıklanan hususlar doğrultusunda doktrinde hakim görüş olan sır saklama yükümlülüğünün vekalet ilişkisine dayandığını savunan görüşler¹⁶⁹; yukarıda değinildiği üzere sağlık mesleği mensupları ile hasta arasındaki ilişkide tedavi sürecinde sergilenen eylemlerin maddi fiil kapsamında olduğu, bu süreç boyunca sağlık mesleği mensubunun maddi fiilleri yerine getirirken bir süre sınırı içerisinde olmadan(hastalığın seyri bu süreci belirleyecektir) bağımlılık unsuru barındırmadan yerine getirdiği yönündedir.

Yine tedavi etme garantisi verilmeksizin özen yükümlülüğünü yerine getirdiği takdirde kusuru bulunmaksızın rizikosu vekalet verene ait olmak üzere edim yerine getirilmektedir. Hasta sağlık mesleği mensubuna başvurduğu ve tedavisine başladığı anda vekalet sözleşmesinin zımnen kurulduğu kabul edilmelidir. Bu sebeple ücret vekalet sözleşmesinin kurucu unsurlarından olmasa da hekimler bakımından ücret ödenmesi teamül gereği olup ayrıca kararlaştırılmasına gerek yoktur. Kaldı ki hasta muayenehaneye gittiğinde duvarda asılı olan tedavi ücreti ilanlarını görmesi ücreti zımnen kabul ettiğini göstermektedir. Bu sebeple aksini ispat külfeti hastaya ait olacaktır¹⁷⁰.

Yine yukarıda bahsedildiği üzere sağlık mesleği mensubu ile hasta arasındaki vekalet ilişkisi temelini güven ilişkisinden aldığından taraflar istedikleri takdirde sözleşmeyi feshedebileceklerdir¹⁷¹.

Sağlık mesleği mensubunun müvekkil nam ve hesabına hareket ettiği, Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 13. ve 14. maddelerinde “*Tabip ve dış tabibi; teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın hastanın arzusuna uyarak veya diğer sebeplerle, akli*

¹⁶⁹ Karasu, s. 32 vd., Öztürkler, ss. 58-59., Cahid Doğan, Sağlık Haklarından Hekimin Sır (Kişisel Veri) Saklama Mükellefiyeti, I. Sağlık Kurultayı, Ankara 1-3 Kasım 2007, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2008, s. 114, Hasan Seçkin Ozanoğlu, “Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:52, Sayı:3, Ankara, 2003, s. 55., Ayan, ss. 54-55, Belgesay, s.76, Tandoğan, s.185, Zevkliler ve Gökyayla, s. 597, Hüseyin Hatemi ve Rona Serozan ve Abdulkadir Arpacı, Borçlar Hukuku (Özel Bölüm), Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992, s.388, Yavuz ve diğerleri, s.637., Eren, s. 709., Ömer Köprülü, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:58, Sayı:11-12, İstanbul, 1984, s. 600. İpekyüz, s. 65, Doktrinde bir görüşe göre tartışmaya gerek dahi olmaksızın kanunda özel olarak düzenlenmesi bulunmayan konusu emek olan tüm akitler bakımından zaten kıyasen vekaletsiz iş görme hükümleri uygulanacaktır. Reisoğlu, s. 13.

¹⁷⁰ Belgesay, s. 30, Tandoğan, s. 19, Hancı, s. 149, İpekyüz, s. 70.

¹⁷¹ Doktrinde hekimlerin konum itibarıyla bilgi ve tecrübeleri sebebiyle daha üst bir yerde bulunması, hastanın muhtaç bir konuma bulunması sebebiyle fesihe ilişkin farklılık arz edebileceğine dair görüşler için bakınız: İpekyüz, s. 71., Karasu, ss. 40-41, Hancı, s. 124.,

veya bendeni mukavemetini azaltacak herhangi bir şey yapamaz.” ve “Tabip ve dış tabibi, hastanın vaziyetinin icap ettirdiği sıhhi ihtimamı gösterir. Hastanın hayatını kurtarmak ve sıhhatini korumak mümkün olmadığı takdirde dahi, ıstırabını azaltmaya veya dindirmeye çalışmakla mükelleftir” ibarelerinin bunu desteklediği ifade edilmektedir. Sağlık mesleği mensuplarının sağlık faaliyetlerini gerçekleştirirken gerçekleştirdiği faaliyetler maddi işlem kapsamında ele alınmalıdır. Yine bu görüş belirli istisnai hallerde hastanın iradesi hilafına hareket edilebilmesi nedeniyle vekalet ilişkisi olmadığını belirtmektedirler. Gerekçe olarak ise; sözleşme özgürlüğünün gerek Anayasa m. 13 gerekse de Türk Borçlar Kanunun m. 19 ve 20 gereğince kamu hukukundan kaynaklanan sebepler sınırlandırılabilceğini fakat bunun vekalet ilişkisini ortadan kaldırmayacağını ifade etmektedirler¹⁷².

Aksi görüşü savunanlar ise; sağlık mesleği mensuplarının hastanın nam ve hesabına hareket etmediğini, estetik operasyonlar dışında yürütülen sağlık faaliyetlerinin tedavi için hazırlayıcı muameleler niteliğinde olduğundan bir işin idaresi veyahut ifasının söz konusu olmadığını,¹⁷³ hastanın iradesiyle bağlı olunmamasını örneğin; intihara teşebbüs ederek fare zehri içmiş birine iradesine rağmen müdahale edildiği bir halde vekalet ilişkisinin olmadığını¹⁷⁴, kural olarak vekilin bilgi verme ve doğruyu söyleme yükümlülüğünün bulunmasına karşılık bazı istisnai hallerde; örneğin Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 14. maddesinde “tabip ve dış tabibi, hastasına ümit vererek teselli eder. Hastanın maneviyatı üzerine fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lâzımdır. Ancak, hastalığın, vahim görülen akibet ve seyrinin saklanması uygundur” şeklindeki düzenlemede olduğu gibi hastanın iradesine rağmen psikolojik anlamda zarar görmemesi için hastalığı kendisinden gizlenebilecektir.

Nitekim Hasta Hakları Yönetmeliğinin 19. maddesinde de “Hastanın manevi yapısı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimalinin bulunması

¹⁷² Hancı, s. 122.

¹⁷³ Atabek ve Sezen, s. 143,

¹⁷⁴ İpekyüz, s. 30, Bu halin vekaletsiz iş görme kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini savunan yazarlar da vardır. Ayan, ss. 60-61., Reisoğlu, s. 7,

ve hastalığın seyrinin ve sonucunun vahim görülmesi hallerinde, teşhisin saklanması caizdir” şeklinde paralel bir düzenleme olduğu görülmektedir.

Yine Umumi Hıfzısıhha Kanunu m. 57 ve devamı gereğince hükümde sayılan belirli hastalıklar bakımından “...hastalıklarından biri zuhur eder veya bunların birinden şüphe edilir veyahut bu hastalıklardan vefiyat vuku bulur veya mevtin bu hastalıklardan biri sebebiyle husule geldiğinden şüphe olunursa aşağıdaki maddelerde zikredilen kimseler vak'ayı haber vermeğe mecburdurlar. Kudurmuş veya kuduz şüpheli bir hayvan tarafından ısırılmaları, kuduza müptela hastaların veya kuduzdan ölenlerin ihbarı da mecburidir” denerek hastanın iradesi hilafına bildirim yükümlülüğü getirilmiştir.

(4) Hasta ile Sağlık Mesleği Mensubu Arasındaki İlişkinin Sui Generis veya İsimsiz Sözleşmeden Kaynaklandığını Savunan Görüş

Sui generis sözleşmeler, yasada düzenlenmiş olan sözleşme tiplerinin unsurlarını tamamen ya da kısmen barındırmayarak tamamen kendine özgü bir yapısı olan sözleşme türleridir. Bu sözleşme türlerinde doğacak sorunların çözülmesi hususunda sorun yaşanmaktadır. Çünkü sui generis sözleşmelere kanunda yer verilmediği gibi unsurlarına ilişkin hukuki düzenlemeler de mevcut değildir¹⁷⁵.

Bununla birlikte değişik yasalarda bu sözleşme türü ile ilgili ayrıntılı olmasa da örneğin; Bankacılık Kanunu’nda düzenlenen garanti sözleşmesiyle ilgili hükümler (m. 4/m, m. 49/IV), Hukuk Muhakemeleri Kanununda düzenlenen tahkim sözleşmesine ilişkin hükümler(m. 407 vd.) gibi düzenlemeler bulunmaktadır¹⁷⁶.

Bu sözleşme türünde doğacak uyuşmazlıkların çözümü için;

- Yorum yoluyla dürüstlük kuralına ve genel olarak iş ilişkilerinde geçerli teamül kuralları ve uygulamada gelişen yerleşik mahkeme içtihatlarıyla,
- Türk Borçlar Kanununda düzenlenen bir sözleşme tipinin, sui generis sözleşmenin unsurlarına benzer düştüğü ölçüde kıyas yoluyla o sözleşme tipinin hükümleri,

¹⁷⁵ Aydoğdu ve Kahveci, s. 23.

¹⁷⁶ Zevkliler ve Gökyayla, s. 12 vd.

- Hiç benzerlik bulunmadığı hallerde ise Türk Borçlar Kanunun genel hükümleri uygulanacak,
- Genel hükümlerin de yetersiz kaldığı hallerde TMK m. 1 gereğince hakimın hukuk yaratıp sorunu çözümlemesi gerekecektir¹⁷⁷.

Tüm bu açıklamalar doğrultusunda doktrinde bazı yazarlara göre¹⁷⁸ hekim ile hasta arasındaki ilişkinin hukuki niteliğinin sui generis yapısı olan bir sözleşme niteliğinde olduğu ifade edilmektedir. Bu görüşün taraftarları sağlık mesleği mensubuyla hasta arasındaki ilişkinin temelini sui generis sözleşmenin oluşturduğu bu sebeple kamu düzenini koruma amacının ikinci planda olduğunu savunmaktadırlar¹⁷⁹.

Gerekçe olarak ise; tam iki tarafın borç altına girerek şahsi çıkarları için hareket ettiği bir ilişki bulunmayıp sözleşme ilişkisinin tamamen güven, şefkat ve yardım ilişkisi üzerine kurulu olduğu, ayrıca taraflar arasında adil bir denge bulunmayıp bir eşitsizlik olduğu ifade edilmektedir. Sağlık mesleği mensubu bilgi ve otoriteye sahip iken hasta mağdur, bilgisiz ve muhtaç bir konumdadır. Bu halde bir vekalet ya da hizmet ilişkisinin kurulabileceğini söylemek mümkün değildir. Yine bu görüşe göre tedavi süresince hastanın en mahrem ve giz alanlarıyla temas edildiği ve meslek mensubunun sıfatından kaynaklı bir güven ilişkisi olduğu için kişilik hukuku ile çok içedir. Bu sebeple kanunda düzenlenen diğer sözleşme tiplerine dahil etmek mümkün değildir¹⁸⁰.

Bu görüş doktrinde azınlık görüş olup; güven, şefkat, anlayış ve yardım ilişkisinin sözleşmenin konusunu oluşturmadığını ve bunların özen yükümlülüğüne uygun davranan bir hekimin taşıması gereken özellikler olduğunu belirtmektedirler. Yine tarafların eşit olmamasının veyahut kişilik hukukuyla ilgili olup ağırlıklı olarak özel hayatın gizliliğine dair olması otomatik bir şekilde o sözleşmeye sui generis yapı kazandırmayacaktır.

Örneğin; kira, hizmet, taksitle satış sözleşmelerinde de taraflardan birinin bilgisiz ve zayıf olması ve eşitsizliğe rağmen bu sözleşmelerin sui generis yapıda

¹⁷⁷ Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Kendine Özgü Yapısı Olan ve Karma Sözleşmeler, Satış ve Çeşitleri, Trampa, Bağışlama, Cilt: I/1, 6. Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s.13., Aydoğdu ve Kahveci, s. 23., İpekyüz, ss. 72-73., Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, Borçlar Hukuku, 2. Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri, Cilt:1, 4. Bası, İstanbul Üniversitesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980, ss. 38-39.

¹⁷⁸ Atabek ve Sezen, ss. 143-144.

¹⁷⁹ Donay, Meslek Sırrının Açıklanması Suçu, s. 55.

¹⁸⁰ Ayan, s. 51.

olmadığı ve son olarak uygun düşen sözleşme tiplerinin hükümlerini doğrudan uygulamak varken neden kanunu dolanarak genel hükümlerin uygulanması gerektiği açıklayamadığı için bu görüş bazı yazarlar tarafından eleştirilmektedir¹⁸¹

(5) Hasta ile Sağlık Mesleği Mensubu Arasındaki İlişkinin Somut Durum ve Şartlara Göre Belirlenen Sözleşmeden Kaynaklandığını Savunan Görüş

Doktrinde yine azınlık bir diğer görüşe göre; hasta ile hekim arasındaki ilişkinin somut olayın özellikleri ve şartlarına en uygun düşen sözleşme hükümlerinin uygulanması gerektiği ifade edilmektedir. Çünkü sağlık hizmetleri karmaşık bir yapıya sahip olup yukarıda değindiğimiz gibi kimi zaman protez gibi bir eser yapımı söz konusu olup eser sözleşmesi uygulanabilirken kimi zaman da tedavi süreci boyunca yapılan maddi fiiller bakımından gelen olarak vekalet sözleşmesi hükümleri uygulanacaktır.

Burada ortaya çıkan temel sorun aynı olay içerisinde birden fazla sözleşme ilişkisi ve bunlara ait hükümlerin uygulanması halinde sorumluluk açısından karmaşa yaratacağıdır. Örneğin; dişçinin genel tedavi yaparken vekalet sözleşmesi hükümleri, köprü ya da implant tedavisi yaparken eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanması durumunda olduğu gibi. Yine hastaların hastaneye tedavi amaçlı başvurularında hastanın tedavi süresince konaklaması ve bakımı için ayrı bir sözleşme yapılması halinde karma nitelikli bir sözleşme uygulanacak hükümler giderek çeşitlenecektir¹⁸².

2. Hasta ile Sağlık Mesleği Mensubu Arasındaki İlişkiyi Sözleşme Dışı Sorumluluk ile Açıklayan Görüş

Yukarıda sır saklama yükümlülüğünün niteliğine ilişkin sözleşmeye bağlı görüşlerden bahsedildi. Bu görüşün aksine sır saklama yükümlülüğünün hukuki niteliğini sözleşme dışı borç kaynaklarıyla da açıklayan görüşler bulunmaktadır. Burada en önemli husus iki görüşün neticeleri bakımından kusur ispatı, zamanaşımı ve yardımcı kişilerin fiillerinden kaynaklanan sorumluluk bakımından önemli

¹⁸¹ Ayan, s. 54.

¹⁸² Bu görüş için bakınız: Süheyl Donay, Doktorun Hukuki Sorumluluğu, İstanbul İktisadi ve Ticari İlimler Dergisi, Sayı:20, İstanbul, 1968, s. 48., Erman, s. 153. İpekyüz, s. 71-72. Bir başka örnek ise; sözleşmede bir süre sınır bulunsa veya bir eser yapımı taahhüt edilse bile; önemli unsurun zaman ve sonuç değil de güven ilişkisi olduğu ifade edilmekte ve bu sebeple her koşulda vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiği belirtilmektedir. Karasu, s. 43.

farklılıklar doğmasıdır. İki görüş arasındaki temel farklılıklara değindikten sonra sözleşme dışı sorumluluk ile açıklayan görüşlere detaylı bir şekilde değineceğiz.

Öncelikle kusurun ispatı bakımından sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumlulukta Türk Borçlar Kanunu m.112’de “*Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür*” demek suretiyle ispat yükünün hastada değil hekimde olacağı, hekimin kusursuzluğunu ispat etmedikçe sorumluluktan kurtulamayacağı açıkça ifade edilmiştir.

Haksız fiil sorumluluğu bakımından ise; Türk Borçlar Kanunu’nun 50. maddesinin 1. fıkrasında “*Zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır*” denerek haksız fiil halinde hastanın sağlık mesleği mensubunun kusurunu ispat külfeti olacağı ifade edilmektedir. Zamanaşımı bakımından ise; sözleşmeye bağlılık halinde Türk Borçlar Kanunu m. 147 gereğince beş yıllık zamanaşımı söz konusu iken haksız fiilden kaynaklanan sorumluluklar bakımından Türk Borçlar Kanunu m. 146 gereğince on yıllık bir zamanaşımı süresi söz konusu olacaktır.

Yardımcı kişinin fiillerinden kaynaklanan sorumluluk bakımından ise; Türk Borçlar Kanunun 66. maddesinin 2. fıkrasında “*Adam çalıştıran, çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmaz*” demek suretiyle sorumluluktan nasıl kurtulacağını düzenlemiştir.

Haksız fiil yani sözleşme dışı sorumluluk bakımından özen yükümlülüğünün yerine getirilmesinin ispatlanması yeterli iken yine sözleşmeden kaynaklı sorumluluk açısından aynı hükmün 3. fıkrasında “*Bir işletmede adam çalıştıran, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlüdür*” demek suretiyle ayrıca ve ek olarak bir kusur ispatı daha aranmıştır¹⁸³. Haksız fiilden kaynaklı sözleşme dışı sorumluluğu aşağıda yeniden dönülecektir.

Bu görüşlerin doğan neticelere etkisini değerlendirdikten sonra hasta ile sağlık mesleği mensubu arasındaki ilişkinin hukuki niteliğini sözleşme dışı sorumluluk ile

¹⁸³ Karasu, ss. 19-20, Belgesay, ss. 78-79, Ayan, s. 62.

açıklayan görüşler vekaletsiz iş görme ve haksız fiil olmak üzere ikiye ayrılmaktadırlar.

a. Hasta ile Sağlık Mesleği Mensubu Arasındaki İlişkiyi Vekaletsiz İş Görme İlişkisi ile Açıklayan Görüş

Somut olayın özelliklerin göre sağlık mesleği mensubuylar hasta arasında her zaman sözleşme ilişkisi kurulmamış olabilir. Buna rağmen hastanın iradesine aykırı fakat onun menfaati için birtakım tedbirler alınması gerekebilir. Örneğin; ağır bir trafik kazası neticesinde bilinci kapalı bir hastaya gerekli müdahalelerin rızası sorulmaksızın yapılması veyahut ameliyat esnasında gelişen komplikasyonlar sonucunda hedeflenen kapsamın dışına çıkılarak ameliyat bölgesinin genişletilmesi halinde hastanın varsayılmış rızasına dayanılacaktır¹⁸⁴.

b. Hasta ile Sağlık Mesleği Mensubu Arasındaki İlişkiyi Haksız Fiil ilişkisi ile Açıklayan Görüş

Somut olayın özelliklerine göre henüz sözleşme ilişkisinin kurulmadığı vekaletsiz iş görme hükümlerinin uygulanamayacağı hallerde artık Türk Borçlar Kanunu m. 41 kapsamında haksız fiil sorumluluğundan söz edilecektir¹⁸⁵. Bu bağlamda sözleşme kurulmadan önce hastaya risklerin anlatılması ve aydınlatılma yükümlülüğünün eksik yerine getirilmesi halinde haksız fiil sorumluluğu doğabilecektir. Örneğin; hastanın sağlık problemleri nedeniyle seyahat etmemesi gerektiğinin kendisine söylenmemesi ve bunun neticesinde ölmesi, sağlık mesleği mensubunun kişisel düşmanlığı nedeniyle bir kimsenin hayatına son vermesi halleri örnek verilebilir¹⁸⁶.

Sağlık mesleği mensubunun özel hastanede ya da kamuya ait bir hastanede çalışması hallerinde farklı sorumluluk doğabilecektir. Özel hastanede çalışan sağlık mesleği mensuplarının özel hukuk bağlamında sözleşme ilişkisi mevcut iken kamuya ait bir hastanede çalışan sağlık mesleği mensuplarının sözleşme ilişkisi mevcut

¹⁸⁴ Reisoğlu, s. 13, Murat Doğan, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu, 6-17 Ocak 2009- Mersin, Mersin Barosu Yayını, Ankara, 2009, s. 43., Şenocak, s. 31., Ayan, ss. 60-61.

¹⁸⁵ Köprülü, ss. 598-600.

¹⁸⁶ Karasu, s. 17. , Demir, s. 153., Ayan, s.61.

olmayıp kamu görevini yerine getirdiklerinden¹⁸⁷ verdikleri zarardan Türk Borçlar Kanunu m. 41 kapsamında haksız fiil sorumluluğu gündeme gelecektir¹⁸⁸.

Doktrinde haksız fiil sorumluluğunun tedavi sözleşmesi mevcutken de meydana gelebileceğini savunan yazarlar vardır. Bu görüşe göre¹⁸⁹; sağlık mesleği mensubu vücut bütünlüğüne yönelik hukuka aykırı bir eylem gerçekleştirdiği takdirde hem sözleşmeye aykırılık gündeme gelecek hem de kusuru sebebiyle Türk Borçlar Kanunu m. 41 kapsamında haksız fiil sorumluluğu doğacaktır. Bu halde artık akdi sorumluluk ile akit dışı sorumluluk yarışacak hasta herhangi birine dayanarak sağlık mesleği mensubu aleyhine dava açabilecektir.

3. Kamu Düzeni Görüşü

Bu başlık altında hem kamu düzeni görüşüne değinip hem de hasta ile sağlık mesleği mensubu arasındaki ilişkiyi sözleşme ilişkisiyle açıklayan görüşe ilişkin eleştirilerimizi sunacağız.

İkinci görüş olan kamu düzeni görüşüne göre; sır saklama yükümlülüğünün getirilmesi ve buna aykırı hareket edilmesi halinde suç doğması kamu düzenini korumaya yöneliktir. Mesleği nedeniyle sır vakıf olan kişinin sırrı ifşa etmesi halinde artık toplum zarar görecektir. Çünkü sır saklama yükümlülüğünün getirilmesinin sebepleri arasında sosyal yarar da vardır¹⁹⁰.

Burada sırrın korunması ve sır saklama yükümlülüğüne aykırı hareket edilmesinin yasaklanmasında sözleşme hükümlerinin değil kamu düzeninin bozulacağı inancı vardır. Sırrın saklanmasıyla yalnızca sır sahibinin menfaati değil o sır ile bağlantılı üçüncü kişiler olabileceği gibi yakınları da etkilenebilecektir. Kural olarak sırrın açıklanması sözleşme ilişkisi bakımından sır sahibinin zararını doğurmasa da sırrın açıklanması kanunda öngörülen suçlardan birini oluşturuyorsa fail yine de cezalandırılmaktadır.

¹⁸⁷ Hakan Hakeri, “Hastane Yönetiminin Sorumluluğu”, I. Sağlık Kurultayı, 1-3 Kasım 2007, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2008, s.162., Ayan, s. 46, Atabek ve Sezen, s. 141.

¹⁸⁸ Büyükay, ss. 384-385, Reisoğlu, s. 3. Şenocak, s. 31., Abdulkali Giyik, “Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü ile Suçu Bildirme Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüklerin Çatışması”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt.9, Sayı:2, 2014, s.179.

¹⁸⁹ Reisoğlu, ss. 3-11. Aksi görüş için; Atabek ve Sezen, s. 141.

¹⁹⁰ Meral Sungurtekin Özkan, Avukatlık Mesleği ve Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, 2. Baskı, Fakülteler Kitapevi, İzmir, 1999, ss. 398-399, Donay, Doktorun Hukuki Sorumluluğu, s. 50.

Bu durum sır saklama yükümlülüğünün yalnızca sözleşme ilişkisi niteliğiyle açıklanmasının mümkün olmadığını ortaya koyar. Bu fikirden hareketle kamu hukuku ile sır kavramının ilişkisi açıktır. Keza çalışma konumuzu oluşturan suç tipi bakımından da sağlık mesleği mensuplarına bir sır tevdi edilirken onların mesleğine olan güvenden hareketle sır paylaşılmaktadır. Bu güvenin zedelenmesi halinde toplumsal bir zarar ortaya çıkacak hiç kimse sağlık faaliyetlerine başvururken kendini güvende hissetmeyecektir. Nitekim bu konudaki toplum yararı göz önüne alınarak birçok meslek grubu bakımından etik kurallar getirilmiş ve bunlarla ilgili kanuni düzenlemeler yapılmıştır.

Bir diğer dayanak ise sır saklama yükümlülüğünün mutlak nitelik taşımasıdır. Hasta ile sağlık mesleği mensubu arasındaki ilişkiyi sözleşme ilişkisine dayandıran görüşün savunduğu nisbi bakış açısı yerini burada mutlak bir bakış açısına bırakmaktadır. Bu sebeple sır sahibinin sırrın açıklanmasına ilişkin rızası bir önem arz etmemektedir. Çünkü burada kamu yararı olduğu için artık rıza eylemi hukuka uygun hale getirmeyecektir.¹⁹¹

Bu görüş daha çok hasta ile sağlık mesleği mensubu arasındaki ilişkiyi sözleşme ilişkisine dayandıran yazarları eleştirerek görüşlerini gerekçelendirmektedirler.

Yukarıda da belirtildiği üzere sözleşmeye aykırılık ile cezai bir yaptırıma sahip suç olarak düzenlenmiş sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranışın cezalandırılması gerekçelendirilemez. Uygulamada elbette sır saklama yükümlülüğü bir sözleşme kapsamında kararlaştırılan bir unsur olabilecektir; ki çoğunlukla da böyle bir ilişkinin varlığından söz edilebilecektir. Fakat burada yapılan tespit özel hukuk bağlamında sözleşme sorumluluğuna ilişkin olup aksi halde özel hukuk kurallarıyla ceza tayin etmeye çalışmak gibi isabetsiz bir hukuki yorum yapılmış olacaktır.

Bu sebeple sözleşme kapsamında sır saklama yükümlülüğüne aykırı hareket edildiğinde uygulanan sözleşme türüne göre sözleşmeye aykırılıktan sorumluluk doğacaktır. Bu sorumluluk daha çok özel hukuk boyutuyla tazminat hukukunu

¹⁹¹ Donay, s. 62, Rahime Erbaş, Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukuktan Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğü, İstanbul Ceza Hukuku ve Kriminoloji Arşivi, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2015, s. 27.

ilgilendirecektir. Kaldı ki aynı fiil hem sözleşmeye aykırılık hem de unsurları oluşuyorsa ceza kanununda öngörülen TCK m. 134 “*Özel Hayatın Gizliliğini İhlal*”, TCK m. 135 “*Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme veya Ele Geçirme*”, TCK m. 136 “*Verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme*”, TCK m. 258 “*Göreve İlişkin Sırların Açıklanması*” gibi suçları oluşturabilecektir.

Ayrıca sır saklama yükümlülüğü yalnızca sözleşme ilişkisinin mevcut olduğu hallerde bulunmayıp bunun dışındaki hallerde de söz konusu olabilecektir. Örneğin; hekimin cezaevine giderek bir mahkûmu tedavi ettiği esnada sırra vakıf olması, kamu personeli olan bir sağlık mesleği mensubunun hasta ile arasında sözleşme ilişkisi bulunmasa dahi kendine hasta tarafından sır tevdi edilmesi halinde de sır saklama yükümlülüğü doğacaktır¹⁹².

Yine sözleşme görüşü tüm meslek gruplarını kapsayamadığı gibi soyut bir şekilde her zaman bir sözleşme ilişkisi mevcut gibi yorumlamaktadır. Fakat yukarıda sır saklama yükümlülüğünün niteliğini vekaletsiz iş görme kapsamında değerlendiren yazarlara göre her zaman sözleşme ilişkisinin olmayabileceği açıktır.

Burada sözleşme ilişkisinde sır sahibi bir kişiye değil bir mesleğe güven duymakta ve o sebeple sırrını tevdi etmektedir. Bu sebeple sağlık mesleği mensubunun sırra vakıf oluşu iradi değil mesleğin doğasından kaynaklanan bir durumdur¹⁹³. Hal böyle iken kamu hastanesinde çalışan sağlık mesleği mensupları ile özel hastanede çalışan sağlık mesleği mensuplarının farklı sözleşme türlerine veya rejimlerine tabi olması nedeniyle bu bakış açısıyla cezai sorumluluk bakımından aralarında eşitsiz bir durum yaratılmış olacaktır.

Sözleşme görüşünü savunan yazarların büyük çoğunluğu ağırlıklı olarak hekimler ile hastaları arasındaki ilişkiyi çözümlemeye çalışmıştır. Oysa sır saklama yükümlülüğü yalnızca hekimleri ilgilendiren bir husus olmayıp sağlık mesleği mensuplarının tamamına sorumluluk yüklemektedir. Yine aynı bakış açısı sebebiyle hekimler üzerinden bu mesele çözümlendiğinde tıbbi müdahale ile sır saklama yükümlülüğü benzer kurumlarmış gibi algılanacaktır. Nitekim eser sözleşmesi tartışması bunun en güzel örneğidir. Kaldı ki ceza hukuku anlamında sözleşme

¹⁹² Büyükcay, s.384.

¹⁹³ Donay, Meslek Sırrının Açıklanması Suçu, ss. 55-57.

ilişkisinden kaynaklanan bir sorumluluk doğabilmesi için failin sözleşme ilişkisinden kaynaklı garantör konumunda bulunması gerekmektedir. Aksi halde sözleşme ilişkisi ceza hukuku anlamında bir sorumluluk doğurmayacaktır.

4. Karma Nitelikteki Görüş

Üçüncü bir görüş olan karma görüşe göre ise¹⁹⁴, sır saklama yükümlülüğü tek bir hukuki esasa dayandırılmayacağından karma bir nitelik taşımaktadır. Sözleşmesel görüşü benimseyip kamu düzeninin yararını ve korunmasını yok sayamayız.

Keza kamu düzenini esas alarak yalnızca toplumun menfaatini esas alıp sır sahibi olan aynı zamanda suçtan zarar gören bireyin başta özel hayatının gizliliği olmak üzere kişisel haklarını yok sayarak ihmal etmemek gerekir. Aynı zamanda mutlak kamu düzeni görüşü ile bakmak sır sahibinin menfaatine açıkça aykırı hallerde bile meslek sahibinin susmasına neden olabilecektir. Veyahut sır saklanması üçüncü kişilerin zararına da olabilecektir. Örneğin; hayat sigortası yaptırtmak için hekime hastanın gerçeğe aykırı verdiği beyanlarını hekim hiçbir şekilde açıklayamayacağından haksız bir şekilde sigorta yapılmış olacaktır. Bu sebeplerle sır saklama yükümlülüğünün hukuki niteliğini tek bir temele dayandırmak olanaksızdır. Bu sebeple sır saklama yükümlülüğünün üç farklı yönü ve neticesi olduğu söylenebilecektir.

Birincisi, sır sahibinin rızası dışında sırrın açıklanması halinde sözleşme ilişkisi bulunsun veyahut bulunmasın doğacak sır sahibinin kişisel zararı doğacaktır. İkincisi; sır saklama yükümlülüğüne aykırı hareket edilmesi halinde kanunda öngörülen suçlardan biri oluşacağı için ve bu suç tipleriyle kamu düzeni korunduğundan toplumun zararı doğacaktır. Üçüncü yönü ise mesleğe olan güven ve itibarın korunmasıdır. Çünkü sağlık hizmetlerinin ve bu hizmeti yerine getiren sağlık mesleği mensuplarının itibarının zedelenmesi, güven ilişkisinin bozulmasıdır. Tüm bu açıklamalar doğrultusunda sır saklama yükümlülüğünü nispi bir nitelikte ele almak gerekir. İleride sır saklama yükümlülüğünün istisnaları başlığında değinileceği üzere kanunda mutlak bir şekilde sır saklama yükümlülüğü öngörülmemiştir.

¹⁹⁴ Donay, Meslek Sırrının Açıklanması Suçu, ss.60-64, Erbaş, s. 28.

Bu şekilde görüş ayrılıklarına gidilerek sır saklama yükümlülüğünün hukuki niteliğinin tespit edilmesi suç tipinin kanunun neresinde yer alması gerektiği sorusunun yanıtını oluşturmaktadır. Eğer birinci görüşü benimseyerek sır saklama yükümlülüğünün hukuki niteliğinin sözleşme ilişkisi olduğunu kabul edersek burada artık bu suç tipiyle temel olarak kişi menfaati korunmuş olacağından kişiler aleyhine suçlar başlığı altında incelenecektir. İkinci görüş olan kamu yararı veya kamu düzeni görüşü benimsenirse bu suç tipiyle temelde kamu düzeni korunduğundan kamu düzenine karşı suçlar başlığı altında incelenecektir¹⁹⁵.

II. SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ HAKKINDA HUKUKİ DÜZENLEMELER

Sağlık mesleği mensuplarının sır saklama yükümlülüğü çok eskilere dayanmakla birlikte hasta sayısının artışı, hastalıkların çeşitlenmesi ve teknolojinin sağlık alanının merkezine yerleşmesiyle hukuki anlamda düzenlemeye daha çok ihtiyaç duyulan bir alan haline gelmiştir.

Hastanın mahremiyet hakkı ve sır saklama yükümlülüğü özel hayatın gizliliği ile doğrudan ilgili olduğundan yer yer doğrudan yer yer de dolaylı yoldan özel hayatın gizliliği anlamında uluslararası düzenlemelerde yer bulduğunu görmekteyiz. Bu düzenlemelerden bir kısmı herhangi bir hukuki bağlayıcılık taşımayan tavsiye niteliğinde bildirimler olmasına karşın bir kısmının da taraf olan devletleri bağlayan sözleşmeler niteliğindedir. Hangi hukuki niteliği taşırsa taşırsın bu düzenlemelerin sır saklama yükümlülüğünün hukuki temellerinin şekillenmesinde etkisi olduğu açıktır.

Yukarıda sır saklama yükümlülüğüne ilişkin yaptığımız genel açıklamaların ardından sağlık mesleği mensupları bakımından sır saklama yükümlülüğünün hukuki dayanaklarından bahsetmek gerekir. Öncelikle uluslararası alandaki düzenlemelere ve belgelere değinecek ardından ulusal düzenlemelerimizden bahsedeceğiz.

¹⁹⁵ Donay, Meslek Sırrının Açıklanması Suçu, s. 52.

A. SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ ile İLGİLİ ULUSLARARASI DÜZENLEMELER

Sağlık mesleği mensuplarının sır saklama yükümlülüğü Hipokratik tıp etiğinin doğuşuyla başlamıştır. Hekimin “*Önce zarar vermemek*” ilkesine göre hareket etmesi gerektiği savunan Hipokrat’a atfedilen yemin metninde “*Hastama ait bilgileri kimseye açıklamayacağım ve onları sır olarak saklayacağım*” ibaresine yer verilerek sır saklama yükümlülüğü vurgulanmıştır¹⁹⁶. Bu yemin hekime hastasına ait sırları saklamak hususunda hem mesleğini icra ederken hem de bunun dışındaki yaşantısında etik bir ödev yüklemektedir.

Zamanla gelişen ve bugünkü halini alan düzenlemelere bakıldığında bu etik ödevin uyulması gereken bir kurala dönüştüğü görülmektedir. Hipokrat yemini her ne kadar günümüzde geçerliliğini kısmen yitirmiş olsa da 2500 yıldan beri mesleki bir değer olarak korunmakta ve günümüzde yer alan birçok hekimlik andında etkisi olduğu görülmektedir¹⁹⁷. Nitekim Dünya Tabipler Birliği'nin yürüttüğü iki yıllık bir çalışma sonucunda güncellenen “*Hekimlik Andı*”nın son hali Ekim 2017'de düzenlenen Genel Kurul toplantısının ardından yayınlanmıştır¹⁹⁸. Hekimlik Andının bu güncel halinde de “*Hastamın bana açtığı sırları, yaşamını yitirdikten sonra bile gizli tutacağıma kararlılıkla, özgürce ve onurum üzerine, ant içerim.*”¹⁹⁹ denerek sır saklama yükümlülüğüne benzer bir şekilde yer verilmiştir. Bu temel etkinin birçok ulusal ve uluslararası belgeye de yansıdığı görülmektedir. Bu nedenle sır saklama yükümlülüğünü ortaya koyan uluslararası düzenlemeleri geçmişten bugüne ele almak gerekmektedir. Bizler de çalışmamızda Dünya Tabipler Birliğinin Bildirgeleri, Avrupa çapında hazırlanan belgeler ve diğer uluslararası düzenlemeler şeklinde üçlü bir gruplandırma yaparak incelemeyi uygun gördük.

¹⁹⁶ Erdem Aydın, “Hekimin Sır Saklama ve İhbar Yükümlülüğü”, *Katkı Pediatri Dergisi*, Cilt:22, Sayı:3, 2002, ss. 302-303

¹⁹⁷ Gürkan Sert, *Tıp Etiği ve Mahremiyet Hakkı*, Babil Yayınları, İstanbul, 2008, ss. 85-86, Zeytin, s. 77.

¹⁹⁸ https://www.ttb.org.tr/haber_goster.php?Guid=b6b3bd8a-c9e0-11e7-8a71-159198489f44, (28.04.2020).

¹⁹⁹ https://www.ttb.org.tr/userfiles/files/hekimlik_andi.pdf, (28.04.2020).

1. Dünya Tabipler Birliği Bildirgeleri

Dünya Tabipler Birliği; dünyada tıp biliminin, eğitiminin, sanatının ve etiğinin gelişmesini sağlamak adına sağlık alanında ulaşılabilecek en yüksek uluslararası standartların oluşmasını sağlamaktadır. Bu amaçla 17 Eylül 1947 tarihinde 27 farklı ülkeden hekimin katılımı ile Paris'te kurulmuştur²⁰⁰.

Dünya Tabipler Birliği tarafından sır saklama yükümlülüğu ortaya koyan ilk bildirme Eylül 1948 tarihli Cenevre Bildirgesidir. Bu bildirme birliğin 2. Genel Kurulu esnasında benimsenerek 1968 tarihli 22. Genel Kurul ile 1983 tarihli 35. Genel Kurul ile de geliştirilmiştir. Bu bildirgenin çalışmamız için önem arz eden noktası hekimlerin mesleğe başlarken bağlılıklarını ortaya koymak adına bir yemin metninin ortaya konulmasıdır. Bu yeminde *“Bana verilmiş olan sırlara, hastanın ölümünden sonra bile saygı göstereceğim”* demek suretiyle hastanın mahremiyet hakkı ve hekime hastanın verdiği sırları saklamak hususunda bir yükümlülük doğduğu açıktır²⁰¹.

Ardından Ekim 1949 tarihinde Hekimlik Ahlakı Uluslararası Yasası Londra’da düzenlenen 3. Genel kurulda kabul edilmiştir. Bu yasa sonrasında 1968 tarihli 22. Genel Kurul ve 1983 tarihli 35. Genel kurulda geliştirilmiştir. Bu yasada hekimlerin hastalara karşı görevlerini düzenlerken *“Hekim, hastanın ölümünden sonra bile, hasta hakkında bildiği her şeyle ilgili bütün gizliliği sürdürecektir”* demek suretiyle Cenevre Bildirgesini destekleyen bir hükme yer verilmiştir²⁰².

Ekim 1963 tarihinde ABD’de *“Bütün ulusal bakım sistemleri için sağlık bakımı sunulmasında on iki ilke”* benimsenmiştir. Bu ilkelerden altıncısı hekim ile hasta arasındaki gizlilik ilişkisinin gerek hastanın tedavisi esnasında gerekse de sonraki kontrollerin yapıldığı dönem boyunca gizliliğin herkes tarafından geçerli olduğu ifade edilmiştir. Ayrıca yetkililerin de bu durumda saygı göstermesi gerektiği ifade edilmiştir²⁰³.

²⁰⁰ Dünya Tabipler Birliği hakkından detaylı bilgi için bakınız: <https://www.wma.net/who-we-are/about-us/>, (19.02.2020).

²⁰¹ Füsün Sayek, TTB Raporları Sağlıkla İlgili Uluslararası Belgeler, Türk Tabipler Birliği Yayınları, Ankara, Ekim 2009, s.15, <https://www.ttb.org.tr/kutuphane/belgeler2009.pdf>, (19.02.2020).

²⁰² Sayek, s. 16.

²⁰³ Sayek, ss. 18-19.

Yine Haziran 1964 tarihli Helsinki Bildirgesi (Birlik Japonya’da ve Tokyo’da 1975 tarihinde düzenlediği toplantılar ile bildirgeyi yeniden gözden geçirmiştir.²⁰⁴) ile doğrudan sır saklama yükümlülüğüne ilişkin bir ifadeye yer verilmesi de insanlar üzerinde yapılan biyomedikal araştırmalar esnasında çalışmaya katılan kimsenin özel yaşamı dikkate alınarak kişinin fizik ve ruhsal bütünlüğüne, kişiliğine etkilerin en aza indirilmesi gerektiği ifade edilmektedir²⁰⁵.

1973 yılında ise 27'nci Dünya Tabipler Birliği Genel Kuruluyla Bilgisayarların Tıpta Kullanılışına İlişkin Duyuru benimsenmiştir. Bu duyurunun temel çıkış sebebi sağlık alanında yaşanan teknolojik gelişmeler neticesinde başta bilgisayar olmak üzere elektronik bilgi işlemek için kullanılan sistemlerin yaygınlaşmasıdır. Hasta kayıtlarının tutulması ve arşivlenmesi mecburiyeti teknolojinin sağlık alanında yaygınlaşmasının en temel sebeplerindendir. Elbette başta bilgisayar olmak üzere elektronik sistemlerin yaygınlaşması ile hasta bilgilerinin kayıt altına alınması ve arşivlerinin oluşturulması konusunda kolaylık sağlasa da; bu kolaylık hastanın tedavisi ile doğrudan ilgisi olmayan kimselerin de hastanın bilgilerine erişimini kolaylaştırmaktadır. Bu durum da beraberinde hasta haklarından mahremiyet hakkının ihlali anlamına gelecektir.

Bu duyuruda öncelikle; ulusal tıp birlikleri kapsamında bulunan hastaların bilgilerinin güvenlik ve gizliliğinin sağlanması adına gerekli her türlü önlemin alınması gerekmektedir. Bu önlemlerin alınması başlı başına yeterli olmayıp hastanın güvenlik ve gizlilik haklarını zedeleyen veya yok eden yasal düzenlemelerin yapılmasına da karşı çıkılması gerektiği ifade edilmiştir. Bilgisayarlara tıbbi veriler yüklenmeden bu verilerin çalınması veya değiştirilmesini önleyecek tedbirlerin alınması gerekmektedir. Yine yüklenen bu veriler neticesinde oluşturulan veri bankalarının başka merkezi veri bankalarıyla ilişkilendirilmemesi gerektiği ifade edilmiştir²⁰⁶.

Bu düzenlemeyi takip eden en önemli bildirgelerden biri ise Birliğin 34. Genel kurulunda Lizbon’da benimsenen 1981 tarihli Lizbon Hasta Hakları Bildirgesidir.

²⁰⁴ Terzioğlu, s.333.

²⁰⁵ Sayek, ss. 20-21.

²⁰⁶ Sayek, s. 26.

Bildirge 1995 tarihinde Bali’de düzenlenen 47. Genel kurulda değişikliğe uğrayıp tekrar yayınlanmıştır²⁰⁷. Bu sebeple bu tarihten önce bildirge “*Lizbon Bildirgesi I*” olarak anılmaktadır.

Bu bildirgenin önemi ise hasta haklarının belirlenmesi anlamında ilk uluslararası bildirge niteliği taşımasıdır²⁰⁸. Bildirgenin bu metninde hasta haklarına ve temel kavramlara daha detaylı değinilmiştir. Bu bildirgenin bir meslek örgütü tarafından düzenlenmesi onun amacının mesleki tercihlere göre şekillenmesine sebep olmuştur. Bu sebeple ileride değineceğimiz Amsterdam Bildirgesinden farklı olarak hekimlerin mesleki sorumluluğu odaklı düzenlemeler içermektedir.

Bildirge temelde hasta ile hekim arasındaki ilişkiyi düzenleyip diğer sağlık mesleği mensupları bakımından bir düzenlemeye yer vermemiştir. Bu durum hasta haklarının geliştirilmesi aşamasında yetersiz kaldığından ileride değineceğimiz Amsterdam Bildirgesinin doğuşuna zemin hazırlamıştır²⁰⁹. Bildirge altı maddeden oluşmakta ve hastanın temel haklarını sıralamaktadır. Nitekim bildirge ulusal mevzuatımızın düzenlenmesinde etkileyici olmuş ileride değineceğimiz Hasta Hakları Yönetmeliğimiz bu bildirgedeki ilkeler ile paralel düzenlenmiştir²¹⁰.

Bildirgenin 4. maddesinde hastanın hakları arasında; kendisine ait her türlü tıbbi ve kişisel verinin gizliliğine hekim tarafından saygı gösterilmesi hakkının da bulunduğu ifade edilmiştir²¹¹. Hiçbir zaman geçerli bir gerekçe bulunmaksızın hekim hastası hakkında öğrendiklerini açıklayamayacaktır. Maddeden anlaşıldığı üzere özel hayata saygı hakkı hastanın kişisel sağlık verilerinin gizliliğine uyarlanarak koruma altına alınmıştır. Yine aynı bildirgenin “*Gizlilik Hakkı*” başlığıyla düzenlenen 8.

²⁰⁷ Hatun, s. 89.

²⁰⁸ Gürkan Sert, Uluslararası Bildirgeler ve Tıp Etiği Açısından Hasta Hakları, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, ss. 52-54., Şükrü Hatun, Hasta Hakları Temel Belgeler, 1. Bası, İletişim Yayınları, İstanbul, 1999, s.83.

²⁰⁹ Arslan Terzioğlu, Tıbbi Deontoloji ve Biyometikal Etik’in Ana Hatları, “Tıbbi Etik Açısından Hasta Hakları ve Hekim Sırrı”, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1998, s. 76.

²¹⁰ Ayşe Almıla Pazarcı, “Hasta Hakları ve İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Sorumluluğu”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kırıkkale 2007., s. 112.

²¹¹ Sayek, s.32.

maddesinde ise hastanın hangi verilerinin gizliliğe tabi olacağı, bunun istisnai halleri, bu verilerin korunma usulleri gibi hususları düzenlemiştir²¹².

Doktrinde²¹³. bildirgenin bu özelliği hasta haklarıyla ilgili bütün görevlerin ve işlerin hekimlere bırakılarak hasta haklarının gelişmesinin beklenmesinin doğru bir bakış olmadığı ifade edilmektedir. Keza bildirgede hekimlerin hastalardan hiyerarşik olarak üst bir konumda olması hekimlere ağır bir sorumluluk yüklemektedir. Yine bildirgede vicdan gibi sübjektif kavramlara yer verilmesinin yerinde olmadığı fakat bildirgenin hukuki anlamda bir bağlayıcılığı bulunmadığından bu hususun terminolojik bir problem olduğu ifade edilmektedir.

Bir diğer önemli belge 1956 tarihli Dünya Hekimler Kurultayında Havana’da kabul edilen Dünya Tabipler Birliği’nin Silahlı Çatışma Dönemlerine İlişkin Kurallardır. Bu kurallar arasında başta 3. ve 5. madde olmak üzere silahlı çatışma döneminde de tıbbi gizliliğin hekim tarafından korunması gerektiği; hastanın gizliliğini koruduğu için hiçbir hekimin kovuşturulamayacağı açık bir şekilde ifade edilmiştir²¹⁴. 1981 tarihli Lizbon’da benimsenen “*Spor Hekimliğinde Sağlık Bakımının İlkelerine İlişkin Bildirge*”de de hekimliğin diğer dallarından bir ayrım gözetilmeksizin spor hekiminin de kişiye ait bilgilerin gizliliğine özen gösterilmesi gerektiği ifade edilmektedir²¹⁵.

Hasta gizliliğini düzenleyen bir diğer belge 1987 tarihinde Madrid’te benimsenen “*Dünya Tabipler Birliği Geçici AIDS Bildirisi*” dir. Bu bildiride AIDS hastalarının bilgilerine erişebilecek kimseler; hastaya yardım etmek için veya hastanın sağlığını korumak adına yasal bir hakka sahip tıbbi bakım personelleri ile

²¹² “Madde 8- a. Hastanın sağlık durumu, tıbbi durumu, tanısı, prognozu, tedavisi ve kişiye özel diğer tüm bilgiler ölümünden sonra bile gizli olarak korunmalıdır. İstisna olarak hasta yakınlarının kendileri ilgili sağlık risklerini öğrenmeleri açısından bu bilgilere ulaşabilme hakkı olabilir.

b. Gizli bilgiler sadece hastanın açık izni veya mahkemenin kesin isteği üzerine açıklanabilir. Hastanın açık olarak izin vermediği durumlarda bu bilgiler sadece bilgilendirilmesi gereken diğer sağlık personeline verilebilir.

c. Hastanın kimliğine ait tüm bilgiler korunmalıdır. Bu bilgilerin korunması usulüne uygun yapılmalıdır. Bu tür verilerin alındığı insan ürünleri de aynı şekilde korunmalıdır.”, https://dosyaism.saglik.gov.tr/Eklenti/27595,lizbonbildirgesi1981pdf.pdf?0&_tag1=B604E65F9D752DBD1BCFA298D02CC89A4C8DE295, (19.02.2020).

²¹³ Mustafa Süttaş, Hasta ve Hasta Yakını Hakları, Birinci Basım, Çiviyazıları, Merdan Matbaası, İnsan Hakları Dizisi, İstanbul, 2000, ss. 68-70.

²¹⁴ Sayek, ss.113-114.

²¹⁵ Sayek, s. 41.

sınırlandırılmıştır. Yine bu bildiri gereğince toplum sağlığını ilgilendirmedikçe AIDS hastalarının kimliği açıklanamayacaktır²¹⁶.

Görüldüğü üzere bir yandan hekimin sır saklama yükümlülüğü düzenlenirken bir yandan toplum sağlığının gerekli kıldığı bir halde veyahut AIDS'li olmayan bir bireyin risk altında bulunması halinde uyarılabilmesi adına sır saklama yükümlülüğüne istisna tanınabileceği ifade edilmiştir. Hatta bu durum hekim bakımından bir mesleki zorunluluk olarak görülmüştür. Fakat dikkat edilmelidir ki bu mesleki zorunluluğun da yasal dayanağının bulunması gerektiğinin altı çizilmiştir.

Malta'da toplanan 1991 tarihli 43. Tıp Kongresi'nde *Açlık Grevleri Konusunda Malta Bildirgesi Açlık Grevcilerinin Sağlığından Sorumlu Doktorlar İçin Bir Rehber Niteliğindeki Açlık Grevcileri Üzerine Deklerasyon*' a göre ise açık grevi yapan kişinin bakımını üstlenen hekimin; karşılıklı güven ve gizlilik de dahil olmak üzere sahip olduğu tüm sorumluluklar aynen geçerlidir²¹⁷.

1992 yılında ise Marbella'da 44. Genel kurulda "*HIV Epidemisi ile Ortaya Çıkan Konular Bildirgesi*" benimsenmiştir. Bu bildirgede başta HIV epidemisi ile başa çıkabilmek adına hastaların tıbbi bilgilerinin gizliliğinin sağlanması için stratejiler belirlenmiştir²¹⁸. Yine aynı yılın Eylül ayında "*Dünya Tabipler Birliği Bildirgesi İnsan Genomu Projesi*" benimsenmiştir. Bu proje kapsamında elde edilen bilgiler genel özellik taşıyarak iş maksadıyla kullanılmamalıdır. Bunun önüne geçmek adına insan genomu veya parçaları için patent verilmemelidir. Yine bu proje kapsamında genlerin proje kapsamı dışında kullanılmasının önüne geçmek adına bazı öneriler sunulmuştur. Gen haritalanması yapılırken anonimleştirilmelidir. Kişilerin bilgileri kullanılırken rızaları belirleyicidir. Tıbbi kayıtların gizliliği korunmalıdır. Bu bilgilerin üçüncü bir kişiye aktarılması, açıklanması ve erişimine açılması için yazılı rıza alınmalıdır. Bu duruma istisna olarak aile üyelerinin risk altına olması hali gösterilebilir. Fakat bu halde de ciddi bir zarar yoksa ve saklanarak bu zarar önlenilecekse yine üçüncü bir kişiyle paylaşılamayacaktır. Aksi bir ihtimalde ise öncelikle hastayı bilgilerini paylaşmak konusunda ikna etmek gerekir. Bilgilerin hasta

²¹⁶Sayek, ss.61-62.

²¹⁷Sayek, ss. 39-40.

²¹⁸ Sayek, s. 65.

rızası dışında paylaşımı istisna olarak kabul edilmelidir; ki bu halde bile ilgili genetik bilgi gizlenecektir²¹⁹.

1994 tarihli Felaket Olayında Tıp Ahlak Kuralları Bildirgesine göre felaket olaylarında hekim basın ve üçüncü kişilerle diyalog kurarken hastanın gizliliğine özen göstererek özel hayatını korumalıdır²²⁰. 1997 tarihli İspanya’da benimsenen “*In-Vitro Döllenme ve Embriyo Transplantasyonu Bildirgesi*”nde de diğer tıbbi tedavilerde de olduğu gibi hasta gizliliğine önem verilmeli ve özel hayatına saygı gösterilmelidir²²¹.

1997 tarihli “*İşkenceye Katılmayı Reddeden Hekimlerle İlgili Bildirge*”de işkenceye katılmayı red eden hekimlerin korunmasını ve desteklenmesini tıbbi gizliliğin de dahil olduğu yüksek etik ilkelerin korunması koşuluna bağlanmıştır. Yine 1997 yılında Hamburg’da düzenlenen 49. Genel Kurulda kabul edilen “*Dünya Tabipler Birliği Bildirgesi Sağlık Bakımında Devamlı Kalite Geliştirme Konusunda Ana Hatlarına İlişkin Bildirge*” nin 13. Maddesinde hasta kayıtlarının gizliliğine ilişkin düzenlenerek hastanın mahremiyet hakkına dikkat çekilmiştir²²².

2. Avrupa Çapında Hazırlanan Belgeler

18 Aralık 2000 tarihli Avrupa Birliği Temel Haklar Şartının 8. maddesi çalışmamız bakımından önem arz etmektedir. Bu maddede kişisel verilerin korunması başlığı altında “*Herkes, kendisini ilgilendiren kişisel verilerin korunması hakkına sahiptir. Bu veriler, adil bir şekilde, belirli amaçlar için ve ilgili kişinin rızasına veya yasa ile öngörülmüş diğer meşru bir temele dayanarak tutulur. Herkes, kendisi hakkında toplanmış verilere erişme ve bunları düzelttirme hakkına sahiptir*” demek suretiyle aslında kişisel sağlık verilerinin gizliliğine ve sır saklama yükümlülüğüne işaret edilmektedir²²³.

Yukarıda bahsettiğimiz birçok bildirmede yer alan hasta hakları temelini özel hayatın gizliliği ilkesinden ve özel hayata saygı kavramlarından almaktadır. Bu ilke

²¹⁹ Sayek, ss.70-71.

²²⁰ Sayek, ss. 104-106.

²²¹ Sayek, s. 58.

²²² Sayek, s. 92.

²²³Yine “*Özel ve aile yaşamına saygı*” başlığıyla düzenlenen 7. madde de dolaylı yoldan sır saklama yükümlülüğüne dayanak teşkil etmektedir., http://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2018/11/Avrupa_Birligi_Temel_Haklar_Sarti%E2%80%8B.pdf, (19.02.2020).

ise kaynağını temelde Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun 10 Aralık 1948 tarihinde Paris’te kabul ettiği İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin “*Hiç kimse özel hayatı, ailesi, meskeni veya yazışması hususlarında keyfi karışmalara, şeref ve şöhretine karşı tecavüzlere maruz bırakılamaz. Herkesin bu karışma ve tecavüzlere karşı kanun ile korunmaya hakkı vardır*”²²⁴ şeklindeki 12. maddesinden almaktadır²²⁵.

Tarafı olduğumuz 3 Eylül 1953 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin “*Özel, Aile Hayatına ve Haberleşmeye Saygı Hakkı*” başlığıyla düzenlenen 8. maddesi²²⁶ de sır saklama yükümlülüğünün dolaylı yoldan hukuki dayanağını oluşturmaktadır. Yine tarafı olduğumuz 1997 tarihli Avrupa Konseyi tarafından düzenlenen “*Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi*”nin “*Özel Yaşam ve Bilgi Edinme Hakkı*” başlığı altından düzenlenen 10. maddesi²²⁷ önem arz etmektedir. Bu hükümde herkesin sağlığına ilişkin bilgiler bakımından özel hayatına saygı gösterilmesini isteyebileceği belirtilmiş, yine hastanın kendi belgeleri hakkında bilgi edinme hakkının olduğunun altı çizilmiştir.

Görüldüğü üzere hekimin sır saklama yükümlülüğü hastanın özel hayatı kapsamında dolaylı yoldan düzenlenmiştir. Ülkemizde bu sözleşmeye taraf olup 4 Nisan 1997 tarihinde imzalanmış ardından sözleşmenin onaylandığına ilişkin kanun 9 Aralık 2003 Tarihli 25311 Sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu sözleşmeyi diğer uluslararası belgelerden ayıran özelliği taraf devletleri bağlayıcı özelliğinin bulunması ve hasta haklarından çok daha geniş bir alanı düzenlemiştir.

²²⁴<http://www.unicef.org.tr/files/bilgimerkezi/doc/insan%20haklari%20evrensel%20beyannamesi.pdf>, (21.02.2020).

²²⁵ Serap Helvacı, Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, 1. Baskı, Beta Basım, İstanbul, Ağustos 2001, s. 34.

²²⁶ “**Madde 8- Özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı-** 1. Herkes, özel yaşamına ve aile yaşamına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. 2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamı tarafından, ulusal güvenliğin, kamu emniyetinin ya da ülkenin ekonomik refahının yararı, suçun ya da düzensizliğin önlenmesi, sağlığın ya da ahlakın korunması için, yahut başkalarının haklarının ve özgürlüklerinin korunması için, hukuka uygun olarak yapılan ve bir demokratik toplumda gerekli bulunanlar hariç, hiçbir müdahale olmayacaktır.”, <https://tihv.org.tr/avrupa-insan-haklari-sozlesmesi/>, (19.02.2020).

²²⁷ “**Madde 10 – Özel Yaşam ve Bilgi Edinme Hakkı** -Herkes, kendi sağlığı hususundaki bilgilerle ilgili olarak, özel yaşamına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. Herkes, kendi sağlığı hususunda toplanmış her bilgiyi öğrenme hakkına sahiptir. Bununla beraber, bireylerin, bilgilendirilmeme istekleri de gözetilecektir. İstisnâî durumlarda, 2’nci paragrafta belirtilen hakların kullanımına, hastanın yararı için kanunî kısıtlamalar getirilebilir.”, <https://dosyaism.saglik.gov.tr/Eklenti/48486.insan-haklari-ve-biyotip-sozlesmesipdf.pdf?0>, (19.02.2020).

olmasıdır. Bu sebeple hasta haklarının konumunu hukuki anlamda güçlendiren kilit uluslararası belgelerden biri niteliğindedir²²⁸.

7 Eylül 2002 tarihinde Roma’da kabul edilen Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü Ana Sözleşmesi olarak ta bilinen Avrupa Hasta Hakları Şartı önceki uluslararası belgelerde yer alan hasta haklarına ek olarak yeni haklara yer vermiştir. Bu sözleşme ile temel amaç Avrupa ülkelerinde hasta haklarının iyileştirilmesi ve hastanın sağlık hizmetlerine ulaşırken haklarını kullanabilmesi ve saygı görerek hak ihlallerine maruz kalmamasıdır. Avrupa Hasta Hakları Şartı, Dünya Sağlık Örgütünün düzenlediği belgeleri ve Avrupa Birliği bünyesinde yayımlanan belgelerin içeriğini dikkate alarak düzenlenmiştir. Şartın 8. maddesi²²⁹ hastanın kişisel bilgilerinin gizliliğini düzenlemektedir. Bu madde kapsamında kişisel sağlık bilgilerinin gizliliğinin korunması, ilgisi olmayan kimselerin bu bilgilerden haberdar olunmasının önüne geçilmesi gerektiği belirtilmektedir²³⁰.

3. Diğer Uluslararası Düzenlemeler

Tıptaki etik kodların oluşması çok eskilere dayanmakta olup tıp etiği kodları ilk kez 1803 tarihinde Thomas Percival isimli bir İngiliz hekim tarafından yeniden düzenlenmiştir. Bunu takiben 1847 yılında Amerika Birleşik Devletleri’nde Amerikan Tıp Birliği tarafından etik kodlar yayımlanmıştır. Bu ilkeler daha sonra 2001 yılında gözden geçirilerek genişletilmiştir. Bu etik ilkeler arasında *“Hekim hastaların, meslektaşlarının ve diğer sağlık çalışanlarının haklarına saygı göstermeli ve hukuki kısıtlamalar çerçevesinde hastanın sırlarını ve gizliliğini korumalıdır”* ilkesi yer almaktadır²³¹. Bu ilke bağlamında hekime bir sır saklama yükümlülüğü getirildiği görülmektedir.

²²⁸ Sert, Hasta Hakları, s. 69.

²²⁹“Özel ve Gizlilik Hakkı-Her birey kişisel bilgilerinin; sağlık durumu, yapılan teşhis ve tedavi konularında bilginin yanı sıra teşhis ve tedavi yapılırken veya özel ziyaretlerinin gizliliğinin muhafazası hususunda, gizli tutulmasını talep etme hakkına sahiptir. Bir bireyin sağlık durumuna veya ona uygulanan tıbbi/cerrahi tedaviye ilişkin bilgi ve veriler gizli olmalı ve öyle muhafaza(korunmalıdır) edilmelidir. Tıbbi/cerrahi müdahale sırasında bile kişisel gizliliğe saygı gösterilmeli, yani uygun ortamda yapılmalı ve gerçekten orada bulunması gerekli olan kişiler (hastanın onayı veya özel bir talebi olması durumları hariç) nezdinde yapılmalıdır.”, <https://sbu.saglik.gov.tr/hastahaklari/avrupastatusu.htm>, (22.02.2020).

²³⁰ Sert, Hasta Hakları, s. 87.

²³¹ Nesrin Çobanoğlu, Kurumsal ve Uygulamalı Tıp Etiği, Eflatun Yayınevi, Ankara,2009, s. 15.

Bir diğerk önemli tıbbi etik kodu Dünya Tıp Birliğı tarafından yayınlanan Uluslararası Tıbbi Etik Kodudur. Bu kodda “*Hastanın hekime güvenerek verdiği sırları saklaması hekimin borcudur*” denerek sır saklama yükümlülüğüne işaret edilmiştir. Bu şekilde sır saklama yükümlülüğüne ilişkin benzer ilkelere başka tıp etiğı ilkellerinde de rastlanmaktadır²³².

1959 tarihinde İngiliz Tıp Birliğı tarafından tıp etiğı ilkellerinde ; “ *hekimin hastasıyla profesyonel ilişkisi sırasında öğrendiklerini profesyonel gizlilik ilkelerini bulundurarak hastanın izni olmadan açıklamamak hekimin yükümlülüğüdür. Modern hayatın karmaşıklıkları bu prensibin uygulanmasını zorlaştırmaktadır ve bazı durumlarda yeni düzenlemelere gidilmesi gerekmektedir. Ancak her zaman hastanın yararına ve onun bilgilerini korumayı amaçlayan bir yaklaşım içinde olunmalıdır*” denmiştir²³³.

1971 yılında Amerikan Tıp Birliğı tarafından yayınlanan tıp etiğı ilkellerinde; “*Hekim, hekimliğı sırasında kendisine söylenen sırları veya hastanın karakterinde gördüğü eksiklikleri yasal bir zorunluluk olmadıkça veya toplumun iyiliğı gerekmedikçe açıklayamaz.*” denmiştir²³⁴.

11 Kasım 1977 tarihli UNESCO tarafından düzenlenen 29. Genel Konferans’ta kabul edilen “*İnsan Genomu ve İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi*” nin 7. maddesinde yine mahremiyet hakkına vurgu yapılmıştır²³⁵. Yine bazı uluslararası tıp etiğıne ilişkin belgelerde hastanın mahremiyet hakkı ve hekimin sır saklama yükümlülüğüne yer verildiğı görölmektedir.

1977 tarihinde Honolulu kentinde Dünya Psikiyatri Birliğı tarafından kabul edilen Hawai Bildirgesinde psikiyatristlere sır saklama yükümlülüğü getirilerek uyulması gereken zorunlu kurallar düzenlenmiştir. Psikiyatri bilimi bakımından elbette bağımsız kanaatler yaygın olmakla birlikte belirli etik kuralların belirlenmesi bu fikirlerin oluşmasını kolaylaştırabilecektir. Bu sebeple Hawai Bildirgesinde yer

²³² Gürkan Sert, “Sağlık Hizmetlerinde Meslek Sırrı ve Tanıklıktan Çekinme”, Uluslararası Katılımlı 3. Ulusal Tıp Etiğı Kongresi Kongre Kitabı, Cilt:2, Bursa 2003, s. 853.

²³³ Sert, “Sağlık Hizmetlerinde Meslek Sırrı ve Tanıklıktan Çekinme”, s. 853.

²³⁴ Sert, “Sağlık Hizmetlerinde Meslek Sırrı ve Tanıklıktan Çekinme”, s. 853.

²³⁵ <http://www.unesco.org.tr/Pages/459/73/%C4%B0nsan%20Genomu%20ve%20%C4%B0nsan%20Haklar%C4%B1%20Evrensel%20Bildirgesi.> (19.02.2020)

alan etik ilkeler tüm dünyada bulunan psikiyatristler bakımından geçerli kabul edilmiştir.

Bildirgenin sır saklama yükümlülüğünü düzenleyen ilk maddesi olan 4. maddede muayene ve tedavi sırasında hastanın psikiyatrist ile paylaştığı bütün bilgilerin gizli olduğu belirtilmiştir. Bunun istisnası hastanın bilgilerin paylaşılmasına rıza göstermesi veyahut kamu tarafından mühim bir gerekçenin bulunmasıdır. Bu durumda dahi hastanın bilgilendirilerek paylaşımlarının sır saklama yükümlülüğü kapsamında olmadığı ifade edilmesi gerekmektedir. Hastanın psikiyatrik bilgilerinin çoğaltılması veya dağıtılabilmesi için hastanın buna rıza göstermesi gerekir. Derslerde hastanın öyküsünün tanıtılması veya açıklanması halinde rızasının alınması yeterli olmayıp şahsına ait bilgilerin paylaşılmayarak anonimleştirilmesi için gerekli her türlü önlemin alınması gerekmektedir. Yine hastanın klinik ya da teröpatik projelerde yer alması isteniyorsa projenin amacı, kullanılacak yöntemler ve hasta bakımından olası risklerin anlatılarak rızasının alınması gerekmektedir.

Bir diğer sır saklama yükümlülüğüne ilişkin madde ise 8. maddedir. Bu maddede muayene ya da tedavi sürecinde hasta psikiyatriste ne söylerse söylesin ve psikiyatriste ne not ettirirse ettirsin sır kapsamındadır. Bunun istisnası hastanın açıklanmasına rıza göstermesi ya da yine yukarıda belirtildiği gibi hayati kamu değerinin bulunması ya da hastanın en iyi şekilde tedavi edilebilmesi için gerekli olması halleridir. Son olarak 9. maddede psikiyatristin mesleki gelişimini sağlamak ve tecrübelerini aktarma için bilgilerini paylaşabilmesi için yine hastanın rızası bulunmalıdır. Yine 4. maddede aranan hasta öyküsünün sınıfa sunulması ya da klinik araştırmalara hastanın konu olabilmesi için rıza ve aydınlatma şartı bu hükümde tekrar edilmiştir²³⁶.

Bir diğer önemli düzenleme 29-30 Mart 1994 yılında Amsterdam’da Dünya Sağlık Örgütü Avrupa Bürosu’nun düzenlediği toplantıda kabul edilen “II. Avrupa Hasta Hakları Gelişme Bildirgesi(Amsterdam Bildirgesi)dir. Bu bildirgenin “Mahremiyet ve Özel hayat” başlığı altında düzenlenen 4. maddesinde de hastanın sağlık durumuna dair bilgilerin gizliliğini, hangi koşullarda bu bilgilerin açıklanabileceğini, bu bilgilerin kopyalanması, paylaşılması, örnek alınması gibi

²³⁶ Terzioğlu, Tıbbi Deontoloji ve Biyometikal Etik’in Ana Hatları, ss. 339-341.

hallerin koşullarını, hastanın kendine ait tıbbi bilgiler üzerindeki haklarını gibi birçok hususu düzenlenmiştir²³⁷.

Bildirgede yer alan maddelere genel olarak bakıldığında hasta mahremiyeti kavramının hastaya ait kişisel verilerin gizliliğini ayrıca beden mahremiyetini de içine alacak şekilde geniş tutulduğu görülmektedir. Bu bildirge Bali Bildirgesi olarak ta adlandırılan Lizbon Bildirgesi II’den farklı olarak hasta haklarının korunabilmesi için hekimin mesleki sorumluluğundan ziyade hastanın etkin bir şekilde rol alması hedeflenmiştir. Bu bildirgede Lizbon Bildirgesinden farklı olarak hastaya daha geniş haklar tanınmış, hekimler dışındaki sağlık mesleği mensuplarının da yükümlülüklerini etkileyecek düzenlemeler getirilmiştir²³⁸.

Bu sebeple temel amaç hasta haklarının geliştirilmesi ve iyileştirilmesidir. Bu bildirge ülkemizin de aralarında yer aldığı birçok Dünya Sağlık Örgütü’ne üye ülkeyi kapsayacak şekilde hasta haklarının geliştirilmesi adına belirli ilkeler ortaya koymuştur. Her ülkenin hukuk sistemi, ekonomik ve sosyal durumu gibi farklılıklardan kaynaklı bildirgede bulunan tavsiyelerin birden uygulanması mümkün görülmediğinden ülkelerin bu hususta çaba sarf etmesinin önemli olduğu belirtilmiştir. Ülkelerin bildirgede yer alan ilkeleri gerçekleştirebilecek ulusal düzeydeki her türlü

²³⁷ “4.1.Hastanın sağlık durumu, tıbbi durumu, tanısı, prognozu, tedavisi hakkındaki ve kişiye özel diğer tüm bilgiler, ölümden sonra bile gizli olarak korunmalıdır.

4.2.Hastaya ait bu bilgiler, yalnızca hastanın açık izni veya mahkemenin kesin isteği üzerine açıklanabilir. Hastanın tedavisi ile ilgili diğer sağlık personeline ihtiyaç söz konusu olduğunda hastanın onayı olduğu varsayılarak davranılır.

4.3.Hastanın kimliğine dair bilgiler korunmalıdır. Bu bilgilerin korunması usulüne uygun yapılmalıdır.

4.4.Hastalar, tanıları, tedavileri ve bakımları ile ilgili kayıtlara, diğer dosyalara, teknik kayıtlara ve tıbbi dosyalarına bakabilme ve kendi dosyalarının ve kayıtlarının kopyasını alabilme hakkına sahiptir. Bu hak üçüncü kişilerin bilgilerine bakabilmeyi içermez.

4.5.Hastalar, kendileriyle ilgili tıbbi ve kişisel bilgilerin uygunsuz, eksik, çift anlamlı, eski olması veya tanı, tedavi ve bakım amacıyla ilgili olmaması durumunda bu bilgileri yenileme, daha açık hale getirme, bazı kısımlarını çıkarma, tamamlama, düzeltme hakkına sahiptir.

4.6.Hastanın tanı, tedavi ve bakımı için gerekli olmadıkça ve ek olarak hasta izin vermedikçe hastanın özel ve aile hayatına girilemez.

4.7.Tıbbi girişimler ancak kişinin özel hayatına saygı gösterilmesi durumunda yapılabilir. Bunun anlamı önerilen girişimin hastanın onayı veya isteğine göre ve kişinin ihtiyacı durumunda yapılabileceğidir

4.8.Sağlık kurumlarına başvuran hastalar, özellikle sağlık personelinin kişisel bakımlarını veya muayene ve tedavilerini yapacağı durumda kurumların özel hayatlarının korunmasını sağlayan fiziksel özelliklere sahip olmasını bekleme hakkına sahiptirler.”, <https://sbu.saglik.gov.tr/hastahaklari/amsterdam.htm>, (19.02.2020).

Lizbon Bildirgesi ile Amsterdam Bildirgeleri arasındaki farklılıklar için bkz: N. Yasemin, Oğuz, Hasta “Hakları Alanındaki Gelişmeler ve Değişen Değerler”, Türkiye Klinikleri Tıbbi Etik Dergisi, Cilt:5, Sayı:2, Ağustos 1997, ss. 53-55., <https://www.turkiyeklinikleri.com/journal/tip-etigi-hukuku-tarihi-dergisi/1303-4332/issue/1997/5/2-0/tr-index.html>, (22.02.2020).

faaliyetinin desteklenmesi gerektiğini belirtmişlerdir²³⁹. Fakat bu bildirgenin yalnızca Avrupa'yı kapsayacak şekilde bir coğrafi sınıra sahip olması doktrinde eleştirilmektedir. Bu şekilde bir sınırlamanın bu coğrafya dışında kalan ülkelerin hasta haklarını iyileştirme hususunda daha az çaba göstermelerine sebep olacağı ifade edilmektedir²⁴⁰.

B. SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ ile İLGİLİ İÇ HUKUKTA YER ALAN DÜZENLEMELER

1. 1982 Anayasası'nda Sır Saklama Yükümlülüğü

Sır saklama yükümlülüğü açık şekilde düzenleyen bir hüküm anayasamızda yer almamaktadır. Fakat doğrudan olmasa da sır saklama yükümlülüğünün anayasamızda yer aldığını göz ardı etmemek gerekir. Bu sebeple sır saklama yükümlülüğünün anayasal dayanağını ararken aslında özel hayatın gizliliğine ilişkin hükümlerin dikkate anması gerekmektedir. Çünkü sağlık mesleği mensubunun mesleki sırrını koruması aynı zamanda hastasının özel hayatının gizliliğini koruması anlamına gelmektedir. Hastanın sağlık mesleği mensubuyla rızası dahilinde sırrını paylaşması özel hayatına dair giz alanlarını da açması ve kişiliğine saygı gösterilmesini beklemek hakkını da beraberinde doğurur. Bu sebeple kişinin özel hayatının gizliliğine tecavüz kişilik haklarına tecavüz anlamına gelmektedir²⁴¹.

Türkiye Büyük Millet Meclisinin Kurulmasının ardından 1920 yılında Türkiye'de ilk defa “*Sıhhiye ve Muaveneti İçtimaiye Vekaleti (Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı)*” kurulmuştur. Bakanlığın kurulması ile hasta hakları ve bu hakların iyileştirilmesi hususu gündeme gelmeye başlamış ve ileride değineceğimiz, halen mesleki mevzuatın temel yapı taşı kabul edilebilecek kanunların doğuşuna zemin hazırlamıştır²⁴². Ardından 1960lardan bu yana hasta haklarına ilişkin yapılan reform çalışmaları ivme kazanmış ve anayasal düzenlemelerin oluşmasında büyük etki yaratmıştır. 1924 yasasında özel hayatın gizliliği düzenlenmemiş iken 1961 tarihli Anayasamızın 15. maddesinin 1. fıkrasında özel hayatın gizliliğine dokunulamayacağı ve yalnızca adli bir kovuşturma hali söz konusu ise istisna sayılabileceği ifade

²³⁹ Sert, Hasta Hakları, s. 61.

²⁴⁰ Ahmet Hüsamettin Aydın, “Bursa'daki Hekimlerin Hasta Haklarına Yaklaşımı”, (Yayınlanmamış Tıpta Uzmanlık Tezi), Uludağ Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı, Bursa, 2006, s. 6.

²⁴¹ Donay, ss. 11-12., Zeytin, s. 78.

²⁴² Sert, Hasta Hakları, ss. 91-92.

edilmiştir. Ardından 1981 tarihli Anayasamızda yer alan 17. ve 20. Maddeleri ile özel hayatın gizliliğine ilişkin yer alan hükmün geliştirildiği görülmektedir.

Öncelikle Anayasamızın “*Kişinin Dokunulmazlığı, Maddi ve Manevi Varlığı*” başlıklı 17. maddesinde “*Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir*”²⁴³ denmiş ve genel olarak kişilik hakkının korunmasına yer verilmiştir. Ardından “*Özel Hayatın Gizliliği*” başlığıyla düzenlenen 20. maddesinin 1. fıkrasında “*Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz*” demek suretiyle özel hayatın gizliliği hakkına yer verilmiş ardından dünyada yaşanan gelişmeler neticesinde 2010 yılında “*Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir*”²⁴⁴ şeklinde yeni bir fıkra eklenmiştir. Bu fıkra sır saklama yükümlülüğünün aslında hukuki anlamdaki temelini oluşturmaktadır.

2. 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nda Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü

Yukarıda sır saklama yükümlülüğünün anayasal düzenlemelerinde bahsettiğimiz gibi Türk Medeni Kanunu’nda da doğrudan bir düzenleme bulunmamakla birlikte bazı genel hüküm kabul edilebilecek düzenlemelerin konuyla ilişkisi olduğu söylenebilecektir. Öncelikle 23. maddede “*Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz*” demek suretiyle kişilik haklarından vazgeçme düzenlenmiştir. Ardından 24. maddede “*Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir*” demek suretiyle kişilik hakları saldırıya uğrayan kimseler hakkında koruma sağlanmıştır. 25. maddede ise “*Davacı, hâkimden saldırı tehlikesinin*

²⁴³ <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2709.pdf>, (22.02.2020).

²⁴⁴ <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2709.pdf>, (22.02.2020).

önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilir” denerek kişilik haklarına ilişkin saldırı olması halinde saldırının önlenmesini isteyebileceğine ve başvurulacak hukuki yola ilişkin açıklamalar yapılmıştır. Görüldüğü üzere burada yer alan düzenlemeler Anayasamızdaki düzenlemelerle uyumlu ve birbirini tamamlayıcı niteliktedir. Bu hükümler doğrultusunda hukuka aykırı bir şekilde hastanın bilgilerini ifşa eden hekim hakkında TMK m. 25 kapsamında kişilik haklarına yöneltilen bu saldırının durdurulması istenebilecek ve özel hukuk bağlamında tazminat talebinde bulunulabilecektir.²⁴⁵

3. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Sır Saklama Yükümlülüğü

Sağlık mesleği mensubuyla hasta arasındaki ilişkinin hukuki niteliğine yukarıda detaylı bir şekilde değinmiştik. Bu sebeple ilgili bölüme atıf yapmakla yetiniyoruz. Burada kısaca ifade etmek gerekirse Türk Borçlar Kanunu’nda sağlık mesleği mensubunun sır saklama yükümlülüğüne dair açık bir hüküm bulunmamaktadır. Aradaki ilişkinin hukuki niteliğine göre Türk Borçlar Kanunu’nun ilgili hükümlerine gidileceğinden örneğin; vekalet ilişkisi kabul edersek 386. madde ve devamı hükümleri uygulanacak iken sözleşme dışı sorumluluk olarak nitelendirirsek haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen 49. ve 50. maddelere gitmemiz gerekecektir. Her ne kadar vekalet ilişkisi bakımından açık bir şekilde sır saklama yükümlülüğü düzenlenmemiş olsa da sadakat ve özen yükümlülüğüne kanunda yer verilmiştir²⁴⁶.

Aslında sağlık mesleği mensubunun sır saklama yükümlülüğü sadakat borcu içerisinde kabul edilmesi gerekir²⁴⁷. Sır saklama yükümlülüğün açık bir şekilde zikredildiği tek hüküm genel hizmet sözleşmelerine ilişkin düzenlemeyi içeren TBK m. 393 ve devamıdır²⁴⁸.

²⁴⁵ Zeytin, s. 78.

²⁴⁶ “MADDE 506- Vekil, vekâlet borcunu bizzat ifa etmekle yükümlüdür. Ancak vekile yetki verildiği veya durumun zorunlu ya da teamülün mümkün kıldığı hâllerde vekil, işi başkasına yaptırabilir. Vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür. Vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır.” <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6098.pdf>, (22.02.2020).

²⁴⁷ Zeytin, s. 79.

²⁴⁸ “Özen ve sadakat borcu/ MADDE 396- İşçi, yüklendiği işi özenle yapmak ve işverenin haklı menfaatinin korunmasında sadakatle davranmak zorundadır. İşçi, işverene ait makineleri, araç ve gereçleri, teknik sistemleri, tesisleri ve taşıtları usulüne uygun olarak kullanmak ve bunlarla birlikte işin görülmesi için kendisine teslim edilmiş olan malzemeye özen göstermekle yükümlüdür. İşçi, hizmet

4. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Sır Saklama Yükümlülüğü

765 sayılı Eski Türk Ceza Kanunu'nun 198. maddesinde *“Bir kimse resmi mevki veya sıfatı veya meslek ve sanatı icabı olarak ifşasında zarar melhuz olan bir sırta vakıf olup ta meşru bir sebebe müstenit olmaksızın o sırrı ifşa ederse üç aya kadar hapis ve elli liraya kadar ağır cezayı nakdiye mahkum olur. Eğer zarar vaki olmuş ise cezayı nakdi elli liradan az olamaz”* şeklinde genel bir meslek sırrının açıklanması suçu düzenlenmişti. Yeni Türk Ceza Kanunu'nda bu şekilde bir düzenlemeye yer verilmemiş sır saklama yükümlülüğüne ilişkin *“Devlet Sırların Karşı Suçlar ve Casusluk”* başlığı altında düzenlenen madde 326 ile 339 arasındaki suçlar hariç açık bir şekilde sır ya da meslek sırrı gibi kavramlara yer verilmemiştir.

Yine doğrudan meslek sırrı kavramına yer verilmemiş olsa da *“Ticarî sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması”* başlığı ile düzenlenen madde 239'da aslında kullanılan sır kavramıyla dolaylı yoldan meslek sırrı ifade edilmiştir. Benzer bir şekilde *“Göreve ilişkin sırrın açıklanması”* başlığıyla düzenlenen 258. maddede *“Görevi nedeniyle kendisine verilen veya aynı nedenle bilgi edindiği ve gizli kalması gereken belgeleri, kararları ve emirleri ve diğer tebligatı açıklayan veya yayınlayan veya her ne suretle olursa olsun başkalarının bilgi edinmesini kolaylaştıran kamu görevlisine, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası verilir”* demek suretiyle *“görev sırrı”* kavramı kullanılarak doğrudan *“meslek sırrı”* kavramı kullanılmamış olsa da aslında yine bir meslek sırrı düzenlemesine yer verildiği görülmektedir.

Fakat bu hükümde sır kavramının kapsamı *“belge, karar, emir, tebligat”* gibi sayımlarla daraltıldığı görülmektedir. Kanaatimizce sır kavramı yalnızca yazılı belgeler veyahut tebligatlar olarak anlaşılmamalıdır. Kaldı ki hükümde söz edilen karar kavramından ne anlaşılması gerektiği de muğlaktır. Görevli kimseyle

ilişkisi devam ettiği sürece, sadakat borcuna aykırı olarak bir ücret karşılığında üçüncü kişiye hizmette bulunamaz ve özellikle kendi işvereni ile rekabete girilemez. İşçi, iş gördüğü sırada öğrendiği, özellikle üretim ve iş sırları gibi bilgileri, hizmet ilişkisinin devamı süresince kendi yararına kullanamaz veya başkalarına açıklayamaz. İşverenin haklı menfaatinin korunması için gerekli olduğu ölçüde işçi, hizmet ilişkisinin sona ermesinden sonra da sır saklamakla yükümlüdür.”, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6098.pdf>, (22.02.2020).

görevinden ötürü paylaşılan her türlü bilginin sır kavramı kapsamında kabul edilmesi ve düzenlemenin o şekilde yapılması gerekmektedir²⁴⁹.

765 sayılı kanundan farklı olarak yukarıda detaylı bir şekilde bahsettiğimiz “gerçek bir kişiye ait olan her türlü bilgi” anlamına gelen “kişisel veri” kavramına yer verilmiştir. Kişisel veri sır ya da meslek sırrı kavramlarından çok daha geniş bir kapsama sahiptir²⁵⁰. Bu kavrama yer verilen suçların düzenleniş yerlerine bakacak olursa Türk Ceza Kanunu’nun “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar” bölümünde yer aldığı görülmektedir. Bunun sebebi açıkladığımız üzere sır kavramının aslında doğrudan özel hayatın gizliliği ilkesiyle ilişkili olmasıdır. Bu bölümde düzenlenen suçlara baktığımızda öncelikle madde 134’te “Özel hayatın gizliliğini ihlal” suçu²⁵¹, madde 135’te “Kişisel Verilerin Kaydedilmesi” suçu²⁵², madde 136’da “Verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme” suçu²⁵³ ve madde 137/1-b’de “Belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle, İşlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır” demek suretiyle bu suçun sağlık mesleği mensubu tarafından işlenmesi halinde nitelikli hal olacağı²⁵⁴ son olarak ise

²⁴⁹ Fatih Selami Mahmutoğlu ve Serdar Talas, “Avukatların Görev Suçları ve Yargılanması Rejimi”, İstanbul Barosu Dergisi, Özel Sayı:1, Ocak 2007, İstanbul, ss.30-31., <https://www.istanbulbarosu.org.tr/YayinDetay.aspx?ID=463&desc=%C3%96zel-Say%C4%B1-1:Ceza>, (23.02.2020).

²⁵⁰ Zeytin, s. 79.

²⁵¹ “Madde 134- (1) Kişilerin özel hayatının gizliliğini ihlal eden kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Gizliliğin görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle ihlal edilmesi halinde, verilecek ceza bir kat artırılır. (1) (2) (Değişik: 2/7/2012-6352/81 md.) Kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya sesleri hukuka aykırı olarak ifşa eden kimse iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. İfşa edilen bu verilerin basın ve yayın yoluyla yayımlanması halinde de aynı cezaya hükmolunur.”

²⁵² “Madde 135- (1) Hukuka aykırı olarak kişisel verileri kaydeden kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir. (2) Kişisel verinin, kişilerin siyasi, felsefi veya dini görüşlerine, ırkı kökenlerine; hukuka aykırı olarak ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin olması durumunda birinci fıkra uyarınca verilecek ceza yarı oranında artırılır. ”

²⁵³ “Madde 136- (1) Kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (4) (2) (Ek:17/10/2019-7188/17 md.) Suçun konusunun, Ceza Muhakemesi Kanununun 236 ncı maddesinin beşinci ve altıncı fıkraları uyarınca kayda alınan beyan ve görüntüler olması durumunda verilecek ceza bir kat artırılır.”

²⁵⁴ “Madde 137- (1) Yukarıdaki maddelerde tanımlanan suçların; a) Kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle, b) Belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle, İşlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.”

madde 138’de “*Verileri Yok etmeme*” suçunun²⁵⁵ düzenlendiği görülmektedir²⁵⁶. Sağlık mesleği mensuplarının bu suçları işlemesi halinde doğacak tartışmalara çalışmamızın ikinci bölümünde içtima başlığı altında değineceğiz.

5. Mesleki Mevzuatta Sır Saklama Yükümlülüğü

Mesleki mevzuatta sır saklama yükümlülüğüne ilişkin düzenlemelere bakılacak olursa ilk olarak 1960 tarihli Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi’nin 4. maddesi²⁵⁷ önem arz etmektedir. Hükümde hekimler ve dış hekimleri bakımından mesleklerini icra ederken vakıf oldukları sırları ifşa edemeyecekleri bunun tek istisnasının kanuni bir mecburiyet halinin olduğu belirtilmiştir. Yine meslekle ilgili toplantılarda ve üretilen bilimsel yayınlarda vakadan bahsedilirken hastanın kimliğinin açıklanmaması gerektiği açık bir şekilde ifade edilmiştir.

Tarihsel olarak bir sonraki düzenleme 01.08.1998 tarihli Hasta Hakları Yönetmeliği’dir. Yukarıda kişisel sağlık verilerine ilişkin ulusal mevzuattaki düzenlemelerden bahsederken konuya kısaca değinilmişti. Burada ilgili hükümlerin sır saklama yükümlülüğü ile ilişkisine değineceğiz. Öncelikle yönetmeliğin 21. maddesinde hastanın, mahremiyetine saygı gösterilmesini bekleme hakkı olduğu ifade edilmiştir. İlk fıkrada hastaya uygulanacak her türlü tıbbi müdahalede mahremiyete saygı gösterilmesi gerekmektedir. İkinci fıkrasının a bendinde hastanın sağlık durumuyla ilgili tüm tıbbi değerlendirilmelerin gizlilik çerçevesinde yürütülmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bu düzenleme Amsterdam Bildirgesindeki m.4.1 ile benzerlik göstermektedir. B bendinde yine “*Muayenenin, teşhisin, tedavinin ve hasta ile doğrudan teması gerektiren diğer işlemlerin*” gizlilik çerçevesinde yürütülmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bu bent ise Amsterdam Bildirgesi’nin m. 4.8 ile benzerlik göstermektedir. D bendinde hastaya uygulanan tıbbi müdahaleler esnasında tedavinin

²⁵⁵ “Madde 138- (1) Kanunların belirlediği sürelerin geçmiş olmasına karşın verileri sistem içinde yok etmekle yükümlü olanlara görevlerini yerine getirmediklerinde bir yıldan iki yıla kadar hapis cezası verilir.(5) (2) (Ek: 21/2/2014-6526/5 md.) Suçun konusunun Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre ortadan kaldırılması veya yok edilmesi gereken veri olması hâlinde verilecek ceza bir kat artırılır.”

²⁵⁶ TCK m. 134’te düzenlenen “Özel Hayatın Gizliliğini İhlal” suçu ile devamından düzenlenen suçlar bakımından asli norm- tali norm ilişkisi hakkında bakınız: Kayıhan İçel, Suçların İçtimalı, Sermet Matbaası, İstanbul, 1972, s. 175 vd.

²⁵⁷ “Madde 4 – Tabip ve dış tabibi, meslek ve sanatının icrası vesilesiyle muttali olduğu sırları, kanuni mecburiyet olmadıkça, ifşa edemez. Tıbbi toplantılarda takdim edilen veya yayınlarda bahis konusu olan vakalarda, hastanın hüviyeti açıklanamaz.”

uygulanmasıyla doğrudan ilgisi bulunmayan kişilerin orada bulunmaması gerektiği ifade edilmektedir.

Konuya ilişkin olarak uygulamada tartışmalı olan husus aynı zamanda eğitim veren araştırma hastanelerinde tıbbi müdahaleler esnasında öğrenmek maksadıyla eğitim gören kimselerin bulunmasıdır. Burada 3. fıkra nedeniyle önceden veyahut tedavi esnasında hastanın ayrıca rızasının alınması gerektiği açık bir şekilde belirtilmiştir. E bendinde hastanın şahsi veya aile hayatına müdahale edilebilmesi için hastalığın durumu zorunlu kılmalıdır. Bu bent Amsterdam Bildirgesinin m. 4.6 ile benzerlik göstermektedir. Yönetmeliğin 20. maddesinde ise hastanın sağlık durumu ile ilgili hiç kimsenin bilgilendirilmemesini isteyebileceği hükme bağlanmıştır. Bu durumda hastanın yazılı rızası alınacaktır. Hasta dilediği zaman bu rızasından vazgeçebilir veyahut değiştirebilir. Fakat bunun sınırı mevzuattan kaynaklanan bir zorunluluk ya da yetkili bir merciin tedbir alması gereken bir hal varsa haber verilebilir.

Yine yönetmeliğin 23. maddesinde sağlık hizmetleri kapsamında edinilen bilgilerin açıklanamayacağı belirtilmiştir. Kanunda açıkça düzenlenen bir hal varsa istisnaen açıklanabileceği belirtilmiştir. Kişilik haklarının tamamından vazgeçme, bu hakların devredilmesi veya aşırı bir şekilde bu hakların kısıtlanması gibi bir hal söz konusu ise hastanın rızası bulunsa dahi yine bu bilgiler açıklanamayacaktır. Hastaya zarar verecek bir bilginin ifşa edilmesi halinde hukuki ve cezai sorumluluk doğacak fakat *“hukuki ve ahlaki yönden geçerli ve haklı bir sebep”* var ise bu sorumluluktan kurtulabileceklerdir.

Son olarak eğitim ve araştırma maksadı bulunsa dahi hastanın kimliğinin açıklanabilmesi için hastanın rızası alınmak zorundadır. Görüldüğü üzere bu madde Lizbon Sözleşmesi II’nin 8.b maddesi, Amsterdam Sözleşmesi’nin 4.2 maddesi ve Türk Medeni Kanunu’nun 23. maddesinin 2. fıkrası ile benzerlik göstermektedir. Burada son olarak değerlendirilmesi gereken hüküm madde 19’dur. Bu maddede hastanın ruhsal durumunun kötüleşmesi, hastalığının seyrinin kötüye gitmesi gibi hallerde hekimin teşhisi kendisinden saklayabileceği ifade edilmiştir.

Burada tartışmalı olan durum 2. fıkra da yer almaktadır. Hekim yukarıda belirtilen hallerden biri varsa hastaya veya yakınlarına bilgi vermek hususunda takdir yetkisine sahiptir. Bu fıkra da hastanın iradesi önem arz etmeksizin hastanın

bilgilerinin paylaşımı tamamen hekimin takdirine bırakılmıştır. Yine üçüncü fıkrada tedavisi mümkün olmayan bir hastalık mevcut ise hasta ayrıca bildirilmeme konusunda beyanda bulunmaz ya da bildirilecek kimseyi önceden seçmez ise hekim otomatik bir şekilde ailesine haber verebilmektedir. Bu iki fıkra hastanın mahremiyetine saygı duyulması ve sır saklama yükümlülüğüne ilişkin ilkelerle çelişki yaratmaktadır. Özellikle HIV/AIDS hastalarının beyanı sorulmadan önceden kendisinin bilgilendirilmesi hususunda bir beyan ortaya koymamış ise ailelerine bildirilmesi hasta mahremiyetinin ağır ihlali niteliğindedir²⁵⁸.

Bir diğer önemli düzenleme 01.02.1999 tarihinde Türk Tabipler Birliği tarafından yayınlanan “*Hekimlik Meslek Etiği Kuralları*” dır. Bu etik kurallar arasında hekimin sır saklama yükümlülüğünü düzenleyen 9. madde²⁵⁹ önem arz etmektedir. Düzenlemede öncelikle hekimin mesleğini icra ederken öğrendiği sırları açıklayamayacağı bu yükümlülüğün hastanın hekimle ilişkisini kesmesi hatta ölmesi halinde dahi sona ermeyeceği ifade edilmiştir. Bunun istisnası hastanın sırrın açıklanmasına rıza göstermesi veya sırrın saklanması diğer insanların yaşamları için tehlike arz etmesi halleridir. Bu hallerde dahi sırrın açıklanabilmesi için hastanın kişilik haklarına zarar gelmemesi şartı aranmaktadır.

Hekimin kanundan kaynaklanan rapor düzenleme yükümlülüğünü yerine getirmesinin sır saklama yükümlülüğü ihlali anlamına gelmeyeceği ifade edilmiştir. Ayrıca hekimin tanık olarak çağırılması ya da bilirkişilik görevlerinin verilmesi halinde eğer konu meslek sırrı teşkil ediyorsa bunu gerekçe göstererek tanıklıktan çekilebilecek veya bilirkişilik görevini kabul etmeyebilecektir. Aslında hekimin uyması gereken bu etik ilkenin temel mantığı yine 6. maddede “*Görevlerini yerine getirirken, hekimin uyması gereken evrensel tıbbi etik ilkeleri yararlılık, zarar vermeme, adalet ve özerklik ilkeleridir.*” denmek suretiyle başta hastanın özel

²⁵⁸ Bu durumun mevzuata ve tıp etiğine uygunluğu hakkındaki detaylı tartışma için bkz: Sert, Hasta Hakları, ss. 260-261., Sert, Mahremiyet Hakkı, ss. 135-137.

²⁵⁹ “Madde 9-Hekim, hastasından mesleğini uygularken öğrendiği sırları açıklayamaz. Hastanın ölmesi ya da o hekimle ilişkisinin sona ermesi, hekimin bu yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Hastanın onam vermesi ya da sırrın saklanması hasta ya da öteki insanların yaşamını tehlikeye sokması durumunda, hastanın kişilik haklarının zedelenmemesi koşuluyla, hekim bu sırrı saklamakla yükümlü değildir. Yasal zorunluluk durumlarında hekimin rapor düzenlemesi de, meslek sırrının açıklanması anlamına gelmez. Hekim, tanık ya da bilirkişi olarak mahkemeye çağırıldığında olayın meslek sırrı olduğunu ileri sürerek bu görevlerinden çekilebilir.”, http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&view=article&id=65:hekl-meslek-etkurallari&catid=4:t&Itemid=31, (23.02.2020).

hayatının gizliliği olmak üzere temel kişilik haklarına hâle getirilmesinin önüne geçmek adınadır. Bir diğer düzenleme 22 Haziran 2002 tarihinde Türkiye Psikiyatri Derneği'nin 1. Olağanüstü Genel kurulunda kabul edilen “*Ruh Hekimliği (Psikiyatri) Meslek Etiği Kuralları*” dır. 6. maddede²⁶⁰ Psikiyatristlerin sır saklama yükümlülüğü düzenlenmiştir.

Düzenlemenin ilk kısmında muayene ve sağıaltım²⁶¹ altındaki hasta ile ilgili her türlü bilgi sır saklama yükümlülüğü kapsamında gizli kalacaktır. Doktrinde²⁶² hastanın psikolojik desteğe başvurmuş olması konumu gereği maddi veya manevi zarara uğramasına neden olacak ise bu bilginin dahi sır olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Fakat bu husus mutlak olmayıp eğer topluma mal olmuş bir kişiyse ve bu hususu gizlemiyorsa artık sır kapsamında değerlendirilmeyecektir. Örneğin; katıldığı televizyon programında ağır bir depresyon geçirdiğini ve bu sebeple psikolojik tedavi gördüğünü söyleyen kimse bakımından artık sır söz konusu değildir. Bunun istisnası ise hastanın ruh sağılığının korunması ve geliştirilmesi amacıyla hastanın ailesiyle ya da başka bir uzman hekime danışmak amacıyla amacın gerektirdiği ölçüde paylaşılabilir. Fakat bu halde dahi hastanın rızası

²⁶⁰ “**Madde 6.** Herhangi bir psikiyatrik muayene ve sağıaltım altındaki kişiyle ilgili bütün bilgiler hasta-hekim ilkeleri çerçevesinde saklı tutulmalıdır. Bu bilgi yalnızca hastanın ruh sağılığını korumak ve geliştirmek amacı ile ve hastanın oluru alınarak gerektiğinde ve hastanın yararı için gereken ölçüde aile ile paylaşılabilir ya da başka uzman hekimlerle danışma amacı ile kullanılabilir. Ruh hekimleri, kişisel haklar, tedavi hakkı, yanlış mesleki uygulamalar vb. durumlarla ilgili olarak hastasının yararı söz konusu olmadıkça, kendi siyasal, yönetsel, medyatik ya da maddi çıkarları, akademik, mesleki veya kişisel yararları doğrultusunda hastasıyla ilgili bilgileri açıklamamalıdır.

Hasta hekim ilişkisi içinde edinilmiş olan bilgiler gerekli görüldüğünde mahkemede tanıklıktan ya da bilirkişilikten çekilmek için bir gerekçe oluşturabilir. Kişinin özel yaşamı, özel ilişkileri, savunma düzenekleri gibi psikolojik yapısıyla ilgili özel bilgiler istenildiğinde bunların mahkemede sunulması kişinin açık ve anlaşılır iznine bağlıdır. Ruh hekimi kişi için yararlı olmadığını düşündüğünde, kişi izin vermiş de olsa, bu tür bilgileri açıklamak zorunda olmadığını bilmelidir.

Gizlilik kuralı ancak hastanın kendisine ya da çevresine ciddi bedensel, ruhsal ya da ekonomik zarar verme olasılığı varsa bozulabilir. Ruh hekimi gizlilik ilkesini bozmayı gerektirecek önemde bir durumla karşılaşmışsa, olabiliyorsa meslektaşları ile de danışarak, uygun göreceği yerlere ya da kişilere açıklama yapmak zorunda kalabilir. Bu durumlarda ruh hekimi bundan sonra atacağı adımla ilgili olarak koşullar elveriyorsa önce hastayı uyarmalıdır.

Ruh hekimi hastasının tanınmasına yol açacak ya da olası davranışlarının tahminine ilişkin herhangi bir bilgiyi başkalarına ya da herhangi bir kuruluşa veremez. Kişi adı, kimlik bilgileri, yüz görünümü gibi kişiyi tanıtacak tüm özelliklerin gizlenmesi koşuluyla, bilimsel bir tartışmada, eğitim süresinde, denetim ve konsültasyon amacı ile hekimler arasında hastalıkla ilgili bilgilerin aktarılması bu kuralın dışındadır. Yasal zorunluluk durumlarında hekimin rapor düzenlemesi meslek sırrının açıklanması anlamına gelmez.”, <http://www.psikiyatri.org.tr/tpd-kutuphanesi/belge/311>, (23.02.2020).

²⁶¹ “Bir hastalığı yenecek etkenleri ve bu etkenlerin kullanılma yöntemlerini bularak hastanın sıkıntılarını giderme, iyi etme işi, terapi.”, <https://sozluk.gov.tr/?kelime=>, (23.02.2020).

²⁶² Harun Mirsad Günday, Psikiyatristin Hukuki Sorumluluğu, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, ss. 182-183.

aranmaktadır. Psikiyatrist hastanın menfaati yok ise kendi siyasal, yönetsel, medyatik ya da maddi çıkarları, akademik, mesleki veya kişisel yararları gibi sebeplerle hastanın bilgilerini açıklayamayacaktır.

Yine yukarıda belirtildiği gibi psikiyatristler bakımından da sır saklama yükümlülüğü sebebiyle tanıklıktan veya bilirkişilikten çekinme hakkı tanınmıştır. Burada yetkili merciler tarafından hastanın bilgilerinin talep edilmesi halinde hastanın rızası bulunsa dahi psikiyatrist hasta için zararlı olabileceğini düşünüyorsa yetkili mercein iznine rağmen bilgileri paylaşmama takdiri yetkisine sahiptir.

Sır saklama yükümlülüğünün bir diğer istisnası ise hastanın kendisine ya da çevresine bedensel, ruhsal ya da ekonomik zarar verme ihtimalidir. Bu durumda psikiyatrist hastayı da bilgilendirerek ilgili kişilerle hastanın bilgilerini paylaşabilecektir. Son olarak psikiyatrist çalıştığı klinikte hastanın kimliğinin tespit edilmesine sebep olacak kitle iletişim araçları veyahut kayıt cihazlarına yer vermemelidir²⁶³. Yine doktrinde terapi esnasında üçüncü kişilere ait bilgilerin öğrenilmesi halinde sır sakla yükümlülüğü kapsamında olduğu ifade edilmektedir. Çünkü grup terapisindeki temel amaç tedavi sürecinin kolaylaştırılmasına katkı sağlamak olup üçüncü kişiye ait bilgilerin paylaşılması değildir. Kaldı ki bizim hukuk sistemimizde bir bilginin üçüncü kişi tarafından biliniyor olması onun sır niteliğini her zaman ortadan kaldırmayacaktır²⁶⁴.

Bir diğer yerel mevzuat 09.12.2003 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanan *“Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun”* dur. Bu kanunun 10. maddesi²⁶⁵ hastanın sağlık yaşamının özel hayatı kapsamında olduğunu ifade eden ve buna saygı duyulmasını

²⁶³ Günday, ss. 183-184.

²⁶⁴ Günday, ss. 185-186.

²⁶⁵ “Madde 10.-1. Herkes, kendi sağlığıyla ilgili bilgiler bakımından, özel yaşamına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir.
2. Herkes, kendi sağlığı hakkında toplanmış herhangi bir bilgiyi öğrenme hakkına sahiptir. Bununla beraber, bireylerin, bilgilendirilmeme istekleri de gözetilecektir.
3. İstisnai durumlarda, 2 nci paragrafta belirtilen hakların kullanılmasında hastanın yararları bakımından kanun tarafından kısıtlamalar öngörülebilir.”,
http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&view=article&id=104:bioloji-ve-tibbin-uygulanmasi-bakimindan-san-haklari-ve-san-hayset-korunmasi-slees-san-haklari-ve-botip-slees-onaylanmasinin-uygun-bulunduna-da-kanun&catid=6:uluslararasyige&Itemid=36, (23.02.2020).

isteme hakkı olduğu belirtilerek sır saklama yükümlülüğüne ilişkin dolaylı bir düzenleme niteliğindedir.

III. SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İSTİSNALARI

Sır saklama yükümlülüğü mutlak bir yükümlülük teşkil etmeyip bazı istisnai hallerde sırrın açıklanması mümkündür. Bazen kanundan kaynaklanan bir halde sırrın açıklanması zorunlu tutulurken bazen haklı bir sebebin bulunması halinde sır açıklanabilmektedir. Ayrıca hastanın rızası sır saklama yükümlülüğünün sınırlarını belirleyen temel faktördür. Türk Ceza Kanununun 2. bölümünde “*Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler*” başlığı altında kanun hükmünü icra ya da amirin emrini yerine getirme, meşru savunma, zorunluluk hali, hakkın kullanılması, ilgilinin rızasının bulunması gibi haller düzenlenmiştir. Bu hallerden birinin bildirim yükümlülüğü altında bulunan kişi bakımından mevcut olması halinde artık bir hukuka uygunluk nedeninden söz edilebilecek ve netice olarak fail ya ceza almayacak ya da istisnai hallerde -örneğin; hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın aşılması gibi- failin cezasında indirimle gidilecektir. Bu hukuka uygunluk nedenlerine sır saklama yükümlülüğünün istisnaları başlığı altında yer vermeyi uygun bulduk.

A. KANUN HÜKMÜNÜN YERİNE GETİRİLMESİNDEN KAYNAKLANAN İSTİSNALAR

Bu başlık altından kanunda bulunan düzenlemelerden kaynakları sırrın açıklanmasını zorunlu kılan hallere değineceğiz.

1. Kamu Sağlığı

Kamu sağlığı bakımından değerlendirilmesi gereken ilk husus bulaşıcı hastalıklar bakımından kanundan kaynaklanan bildirim yükümlülüğüdür. Bulaşıcı hastalıklar toplum sağlığı ile bireyin kişilik hakları arasında denge kurulmasını gerektiren bir alan niteliğindedir. Çünkü bulaşıcı hastalıkların bildirilmesiyle hedeflenen temel amaç kamu sağlığının korunması, hastalıkla mücadele edebilmek için erken haberdar olabilmek ve ilgili korunma politikalarının geliştirilebilmesini sağlamaktadır²⁶⁶. Fakat bu amaca ulaşmak için bireyin başta özel hayatının gizliliği gibi temel kişilik hakları zarara uğramakta hasta mahremiyeti kavramı ile etik

²⁶⁶ Sütlaş, s. 91., Terzioğlu, s. 78., Günday, s. 189.

tartışmalar yaratmaktadır. Bulaşıcı hastalığa sahip bir kimsenin gizliliğinin ihlal edildiği bir halde kişinin damgalanmasına veyahut toplumdan dışlanmasına sebep olunabilecektir. Bu sebeple ceza hukuku anlamında hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilebilecek bu hal aslında disiplinler arası etik bir sorun niteliğindedir.

Ulusal mevzuatımızda bulaşıcı hastalıklar bakımından bildirim yükümlülüğünün getirildiği düzenlemelerden biri 24.04.1930 tarihli Umumi Hıfzıssıha Kanunu'dur. Öncelikle kanunun 57. maddesinde bildirilmesi gereken bulaşıcı hastalıklar sayılmıştır. *“Kolera, veba (Bübon veya zatürree şekli), lekeli humma, karahumma (hummayi tiroidi) daimi surette basil çıkaran mikrop hamilleri dahi - paratifoit humması veya her nevi gıda maddeleri tesemmümatı, çiçek, difteri (Kuşpalazı) - bütün tevkiatı dahi sari beyin humması (İltihabı sahayai dimağii şevkii müstevli), uyku hastalığı (İltihabı dimağii sari), dizanteri (Basilli ve amipli), lohusa humması (Hummai nifası) ruam, kızıl, şarbon, felci tifli (İltihabı nuhai kuddamii sincabii haddı tifli), kızamık, cüzam (Miskin), hummai racia ve malta humması”* hastalıkları bulaşıcı hastalık olarak kabul edilmiştir. Bu hastalıklardan birine sahip olduğuna ilişkin teşhis konulması ya da şüphe duyulması, hastalıktan kaynaklı ölüm gerçekleşmesi ya da ölümün bu hastalıklardan birinden kaynaklı olduğuna dair şüphe duyulması halinde bildirim yükümlülüğü öngörülmüştür. Belirtilen bulaşıcı hastalıklara ek olarak aynı hüküm gereği *“Kudurmuş veya kuduz şüpheli bir hayvan tarafından ısırılmaları, kuduza müptela hastaların veya kuduzdan ölenlerin bulunması halinde de ihbar yükümlülüğü bulunmaktadır.”*

Burada bildirim yükümlülüğü altında bulunan kimseler 58. madde kapsamında belirlenmiştir²⁶⁷. Yukarıda değindiğimiz bildirim yükümlülüğünün yine aynı kanunun 97. maddesinde sıtma hastalığı bakımından getirildiği görülmektedir²⁶⁸. Bulaşıcı hastalıkların bildirilmesi odaklı bu yaklaşıma ek olarak belirtilen hastalıklardan birine yakalanan hastanın etrafındaki kimseler için m. 107 gereğince tehlike arz etmesi

²⁶⁷ “İcrayı sanat eder her tabip 57 nci maddede zikredilen vakaları kati veya muhtemel teşhis vaz'ını mütaakip ilk 24 saat zarfında sıhhiye dairesine, hükümet veya belediye tabibi bulunmadığı takdirde polis veya jandarma karakoluna hastanın isim ve adresiyle beraber tahriren veya şifahen haber verir. Polis ve jandarma daireleri ittila hasıl eyledikleri bu vakaları hiç vakit kaybetmeden alakadar makamlara bildireceklerdir.”

²⁶⁸ “Madde 97 – Sıtmalı olduğu Sıhhat ve İçtimai Muavenet Vekaletince neşir ve ilan edilecek mahallerde sıtmanın her türlü şekillerinin 58, 59, 60, 61 inci maddelerde musarrah olduğu veçhile ihbarı mecburidir”.

halinde tedavi konusunda zorlanabileceği²⁶⁹ belirtilmiş; tedavi olmayı red etmesi ya da tedaviyi yarıda kesmesi halinde de yine 108. madde kapsamında ihbar yükümlülüğü getirilmiştir²⁷⁰.

Tüm bu hastalıklar bakımından 104. maddede²⁷¹; hastaların temel kişisel sağlık verilerine ve tedavi süreçlerine dair detaylara yer verilerek tıbbi kayıtlar tutulacağı bu kayıtların düzenli bir şekilde ilgili makamlara iletileceği ve tüm bunların sıkı bir gizlilik ilkesi çerçevesinde yürütülmesi gerektiği açık bir şekilde belirtilmiştir. Bu hükümde özellikle frengi hastalığı bakımından gizliliğin vurgulanmasının sebebi bu hastalığın cinsel yollarla bulaşmasından kaynaklı olarak hasta mahremiyetinin korunmasının sağlanmak istenmesidir.

Yine aynı kanunun 113. maddesi akciğer ve hançeri veremi hastalarının veya bu hastalıktan kaynaklı ölen kimselerin isimlerinin ve adreslerinin ihbarını zorunlu kılmıştır. 114. maddede de ise bu hastaların ikametgah adreslerinin değişmesi halinde bunun yeni ikametini ilgili mercilere bildirme yükümlülüğü altındadır²⁷².

Son olarak kanunda belirtilen yükümlülüklerle aykırı hareket eden kimseler bakımından eylemlerinin ayrı bir suç oluşturmaması halinde bu kanunun 282. maddesi gereğince adli para cezası öngörülmüştür²⁷³.

²⁶⁹ “Madde 107 – Zührevi bir hastalığa müptela olduğu tahakkuk ederek hastalığı etrafına neşir ve sirayet ettirdiğinden şüphe edilen kimseler cebren tedaviye sevk olunabileceği gibi hastalığın sirayetini mani olmak üzere bir hastanede tecrit ve tedavi altına alınabilir. Bu hususta kuvvei cebriye istimali dahi caizdir.”

²⁷⁰ “Madde 108 – Zührevi hastalıklardan birine musap hastalardan biri tedaviyi ikmal etmeden ortadan kaybolduğu takdirde tedavi eden tabibi, mıntıkası Sıhhat ve İçtimai Muavenet Müdürlüğüne yazı ile malûmat vermeğe mecburdur. Sıhhat müdürleri tedaviden ayrılan bu hastanın diğer bir tabip tarafından veya herhangi resmi müessesede tedavi edilip edilmediğini icap ederse bizzat hastanın kendisinden izahat alarak tahkika ve tedavi edilmediği tahakkuk edenleri 107 nci madde mucibince tedaviye sevke mezundur.”

²⁷¹ “Madde 104 – Sanatını icra eden her tabip her ay nihayetinde protokol defterlerindeki kayıtlara nazaran o ay zarfında kendilerine müracaat eden frengili hastaların ismini, yaşını ve hastalığının devrini, evvelce bir tabip tarafından tedavi edilip edilmediğini Sıhhat ve İçtimai Muavenet Vekaletine bildirmek üzere bulunduğu mıntikanın Sıhhat ve İçtimai Muavenet Müdürlüğüne yazı ile bildirir. Mahrem olarak alınacak bu ihbaratı ifşa eden memurlar hakkında Devletin mahrem kayıtlarını ifşa ve vazifei memuriyetini suiistimal etmenin istilzam ettiği mücazat tayin olunur”.

²⁷² “Madde 113 – Akciğer ve hançere veremin her sari şeklinde musap olanlarla veremin herhangi seriri şekline musap olarak vefat edenlerin isim ve adresleriyle ihbarı mecburidir. Musaplar sekiz gün ve vefatlar yirmi dört saat zarfında hastalığı veya ölümü teşhis ve tesbit eden her tabip tarafından en yakın sıhhiye dairesine şifahen veya tahriren ihbar edilir.”

“Madde 114 – Veremli hastanın ikametgah değiştirmesi halinde nakilden haberdar olan tabip derakap keyfiyeti ve nakledilecek mahalli evvelce hastayı haber verdiği sıhhiye dairesine ihbara mecburdur.”

²⁷³ “Madde 282 – (Değişik: 23/1/2008-5728/48 md.) Bu Kanunda yazılı olan yasaklara aykırı hareket edenler veya zorunluluklara uymayanlara, fiilleri ayrıca suç oluşturmadiği takdirde, ikiyüzelli Türk Lirasından bin Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir.”

Bulaşıcı hastalıkların bildirilmesi bakımından bir diğer önemli husus Çin'in Wuhan kentinde 31 Aralık 2019 tarihinde görülen ve ilk olarak 13 Ocak 2020 kesin teşhis edilen ve tüm dünyayı tehdit eden COVID-19 (Koronavirüs)²⁷⁴ virüsü bakımından ülkemizde getirilen bildirim yükümlülükleridir. Bu virüsün sebep olduğu hastalık Dünya Sağlık Örgütü'nce bulaşıcı hastalıklar kategorisinde kabul edilmiş ve bu virüsle mücadele edilmesi adına COVID-19 Müdahale Fonu²⁷⁵ oluşturulmuştur²⁷⁶.

Ülkemizde de 12 Mart 2020 tarihinde ilk vakaya yapılan testin pozitif çıkmasının ardından Sağlık Bakanlığı tarafından hazırlanan COVID-19 (Sars- CoV2 Enfeksiyonu) Rehberi (Bilim Kurulu Çalışması) gereğince belirli bildirim yükümlülükleri getirilmiştir. Olası bir vaka tanımlandığı anda İl Sağlık Müdürlüğü Bulaşıcı Hastalıklar Birimine bildirim yükümlülüğü getirilmiştir. Hastane, Aile Sağlığı Merkezleri tarafından İl Sağlık Müdürlüğü'ne (İSM) olası vaka en hızlı şekilde ihbar edilecek ve bu bildirim, Bulaşıcı Hastalıklar Bildirim Sistemi kapsamında U07.3 ICD 10 tanı kodu kullanılarak yapılacaktır.

Yine COVID-19 Vaka Bilgi Formu²⁷⁷ doldurulacak ve form ile numune ivedilikle İl Sağlık Müdürlüğü'ne gönderilecektir. Bu form ayrıca İZCİ sistemine²⁷⁸ de girilecektir. Formun bir nüshası ise sonrasında İl Sağlık Müdürlüğü tarafından e-posta ile HSGM Bulaşıcı Hastalıklar Dairesi Başkanlığı'na gönderilecektir.

Görüldüğü üzere burada sağlık mesleği mensupları bakımından sır saklama yükümlülüğüne bir istisna getirilerek bulaşıcı hastalıkla mücadelenin etkin bir şekilde sağlanabilmesi ve toplum sağlığının korunabilmesi adına bildirim yükümlülüğü

²⁷⁴“Dünya Sağlık Örgütü'nün Koronavirüs tanımı: “Koronavirüsler, hayvanlarda veya insanlarda hastalığa neden olabilecek büyük bir virüs ailesidir. İnsanlarda, birkaç koronavirüsün soğuk algınlığından Orta Doğu Solunum Sendromu (MERS) ve Şiddetli Akut Solunum Sendromu (SARS) gibi daha şiddetli hastalıklara kadar solunum yolu enfeksiyonlarına neden olduğu bilinmektedir. En son keşfedilen koronavirüs, koronavirüs hastalığına COVID-19 neden olur.”, <https://www.who.int/news-room/q-a-detail/q-a-coronaviruses>, (16.03.2020).

²⁷⁵ <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/donate>, (16.03.2020).

²⁷⁶ <https://www.who.int/news-room/q-a-detail/q-a-coronaviruses>, (16.03.2020).

²⁷⁷ <https://hsgm.saglik.gov.tr/tr/covid19-formlar>, (16.03.2020).

²⁷⁸ “Bulaşıcı hastalıkların mortalitesi ve morbiditesinin azaltılması amacı ile oluşturulan bulaşıcı hastalıkların sürveyansı sistemi kapsamında hastalıkların takibinin yapılması, halk sağlığını tehdit eden ya da edebilecek olan durumlara karşı gerekli koruma ve kontrol önlemlerinin alınması için vaka tanımlarına uygun olarak bildirimlerin zamanında yapılması büyük önem arz etmektedir. Tüm bu bildirimlerin elektronik ortamda yürütülebilmesi amacıyla Bakanlığımız tarafından Bulaşıcı Hastalık Sürveyans ve Erken Uyarı Sistemi (İZCİ) oluşturulmuştur. İZCİ ile Bildirimi zorunlu bulaşıcı hastalık kapsamındaki vakalara yönelik yürütülecek olan fiyasyon, vaka incelemesi, temaslı takibi gibi tüm faaliyetler ile bu faaliyetlere yönelik raporlama ve analizlerin elektronik ortamda yapılabilmesi amaçlanmıştır. “, <https://samsun.saglik.gov.tr/TR,48604/izci-bulasici-hastalik-surveyans-ve-erken-uyari-sistemi--tanitim-ve-egitim-toplantisi.html>, (16.03.2020).

öngörülmüştür. COVID-19 Vaka Bilgi Formu hastanın adı, soyadı, doğum tarihi, pasaport numarası, seyahat bilgileri, adresi, tıbbi bulgularına ilişkin birçok bilgiyi içermektedir. Yine benzer bir form olan COVID-19 İzlem Formu²⁷⁹ temaslı koronavirüs hastalarının takibi için temasının uyuğu, T.C. kimlik no/ pasaport no, adı soyadı, doğum tarihi, cinsiyet, gebelik durumu, mesleği, temas yeri gibi bilgiler doldurulmaktadır. Rehberde bütün bu bilgilerin eksiksiz bir şekilde doldurulması gerektiği özellikle belirtilmiştir²⁸⁰.

Yine koronovirüs salgını nedeniyle getirilen bir diğer önemli düzenleme 22.04.2020 tarihli 30764 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan “*Bulaşıcı Hastalıklar Sürveyans ve Kontrol Esasları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik*” ile getirilen yeniliklerdir. Bu yönetmelik ile 30.5.2007 tarihli ve 26537 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Bulaşıcı Hastalıklar Sürveyans ve Kontrol Esasları Yönetmeliğinin “*Bildirime Esas Bulaşıcı Hastalıklar Listesi*” başlıklı EK-1’ine “*81. Covid-19 (yeni koronavirüs hastalığı)*” maddesi eklenmiştir²⁸¹.

Ayrıca yönetmeliğin 10. maddesinin 1. fıkrası gereğince Bakanlığın belirlediği usul ve esaslar çerçevesinde sağlık hizmeti veren bütün kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kişiler bulaşıcı hastalığın ihbarı ve bildiriminden sorumlu tutulmuştur. Bu bildirim yükümlülüğü a ve b bentleriyle genişletilerek; “*bildirime esas bulaşıcı hastalıklar ile sürveyans sistemleri kapsamında yer alan diğer bulaşıcı hastalıklar ve olayları, bunlar için uygulanan kontrol önlemlerine dair bilgilerle birlikte bulaşıcı hastalık vakalarının görülmesi veya yeniden ortaya çıkışı ile ilgili bilgiler*” ve “*bir salgının gelişmekte olduğunu düşündüren her türlü uyarı ve/veya bilgi*” 1. fıkradakiler tarafından derhal yerel sağlık birimine bildirilecektir²⁸².

Mevzuattaki kamu sağlığından kaynaklı bildirim yükümlülüğüne dair bir diğer düzenleme 21.09.1931 tarihli Evlenme Muayenesi Hakkında Nizamnamenin 7. maddesidir²⁸³. Bu madde gereğince evlilik muayenesi esnasında Umumi Hıfzıssıhha

²⁷⁹ <https://hsgm.saglik.gov.tr/covid19-formlar>, (16.03.2020).

²⁸⁰ https://hsgm.saglik.gov.tr/depo/birimler/Bulasici-hastaliklar-db/hastaliklar/2019_n_CoV/rehberler/COVID-19_RehberiV5-25Subat2020.pdf, (16.03.2020).

²⁸¹ <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/04/20200422-7.htm>, (28.04.2020).

²⁸² <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=11347&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5>, (28.04.2020).

²⁸³ “Madde 7 – Muayene için müesseselere gönderilecek mevat mühür altında ve buna dair mahrem olarak yazılmış bir tezkere ile sahibinden gayri vasıta ile sevkolunacaktır. Muayene neticeleri kezaik mahrem bir tezkere ile tabibe bildirilir. Namzedi muayene eden tabip bizzat yaptığı muayeneye veya resmi laboratuvarından yahut mütehassıs tabipten kendisine bildirilen neticelere nazaran evlenme

Kanunun 123 ve 124. maddelerinde belirtilen hastalıklardan birine rastlanması halinde artık sağlıklı raporu verilmeyeceği ve ilgili hekime derhal bildirileceği açık bir şekilde belirtilmiştir. Yine 10. maddede yapılacak evlilik muayenelerinin sıkı bir gizlilik içerisinde yürütülmesi gerektiği ve mahremiyete saygı duyulması gerektiğinin altı çizilmiştir²⁸⁴.

Yine 4.1.1960 tarihli Sıtmanın İmhası Hakkında Kanun'un 11. maddesinde her sıtma vakasını tüm hekimlerin, başhekimlerin veya diğer sağlık kuruluşlarındaki müdürlerin bildirilmesi gerektiği, hastanın yaşı, adı, soyadı ve adresi gibi bilgilere ek olarak gerektiği takdirde kan örneklerinin de alınarak ilgili mercilere haber vermek yükümlülüğü altındadırlar²⁸⁵.

Bir başka düzenleme olan “*Genel Kadınlar ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü*”nın 13. maddesi gereğince; zührevi hastalıklar ve fuhuşla mücadele komisyonlarına yardım kurullarının bölgelerinde zührevi hastalığa yakalanan kişileri veya şüphe altında olan kimseleri tespit etmeleri halinde en yakın zührevi hastalıklarla mücadele komisyonuna bildirmek yükümlülüğü söz konusudur²⁸⁶.

32. maddenin 1. fıkrasında ise “*Yapılan muayene sonucunda Umumi Hıfzıssıhha Kanununun 129 uncumaddesinde yazılı hastalıklardan birine tutulmuş*

namzetlerinin Umumi Hıfzıssıhha Kanununun 123 ve 124 üncü maddelerinde zikrolunan hastalıklardan birle malül olduğu kanaatını hasıl ettiği takdirde sıhhat raporunu vermez ve evrakı dosyasında hıfz etmekle beraber işi ait olduğu hükümet tabibine de bildirir.”

²⁸⁴ “*Madde 10 – Dairei resmîyede yapılan evlenme muayeneleri ayrı bir odada ve mahrem olarak yapılır. Kadınların muayenesi esnasında bunların etrafı ailesinden biri hazır bulunabilir. Tabipler bu muayeneler netayicini mahrem tutmağa mecburdurlar.*”

²⁸⁵ “*Madde 11 – Her sıtma vakasının ihbarı mecburidir. Askeri veya sivil resmi ve serbest bütün tabipler, bilümmü hastane ve diğer sağlık müesseseleri başhekim veya müdürleri, bakteriyolojik tahlil laboratuvarları müdür veya mütehassısları teşhis ettikleri sıtma vakalarını bulundukları yerlerin bölge reisliklerine ve şubelerine, bu teşekküllerin bulunmadığı yerlerde Sıhhat ve İçtimai Muavenet Müdürlükleri, Hükümet tabiplikleri veya sağlık merkezi baştabipliklerine en seri vasıta ile haber vermekle mükelleftirler. İhbarla mükellef olanlar; hastanın adı, soyadı, yaşı ve sarîh adresini alakalı makamlara yazı ile bildirmeye ve mücbir sebep olmadıkça hastadan alınacak kalın damla veya yayma kanı da beraber vermeye mecburdurlar. Teşkilatın bulunmadığı yerlerde mahalli sağlık makamlarına yapılacak sıtma ihbarlarına ait 2 nci fıkrada münderîç malûmatı havi yazı ve kanların bu makamlarla mümkünse aynı günde, olmadığı takdirde ertesi günü en yakın bölge reisliğine gönderilmesi mecburidir.*”

²⁸⁶ “*Madde 13 – Zührevi hastalıklar ve fuhuşla mücadele komisyonlarına yardım kurullarının vazifeleri aşağıda gösterilmiştir: a) Bölgelerinde zührevi hastalıklara yakalanan kimseler olup olmadığını araştırmak veya bu hastalıklara yakalandığı şüphesini verenleri tesbit eylemek, b) Genel kadın olarak tescili gerekecek veya sağlık tedbirlerine tabi tutulacak kadın, bulunup bulunmadığını soruşturmak, c) Namuslu kimseleri fuhuşa ve ahlaksızlığa tahrik ve teşvik edenleri tesbit etmek, d) Fuhuş için gizli yer sağliyanları tesbit etmek, e) a, b bentlerindeki halleri en yakın zührevi hastalıklarla mücadele komisyonuna bildirmek, c ve d bentlerindeki hallerde de resmi teşebbüsatta bulunmak.*”

olduğu anlaşılan genel kadınlar, Kanunun bu maddesine göre sanatlarını yapmaktan men edilerek haklarında aşağıda yazılı işlem uygulanır: a) Cüzzam ve ilerlemiş verem hastaları, gereken işlemin yapılması için mahalli sağlık ve sosyal yardım müdürlüğüne, hükümet veya sağlık ocağı tabipliğine bildirilir.” demek suretiyle ayrı bir bulaşıcı hastalık bildirim yükümlülüğü öngörülmüştür. Aynı tüzüğün 43. maddesinde *“Bu Tüzükte yazılı mecburiyetlere uymayan veya aykırı hareket eden, hususi tabiplerin, bir daha genel kadınlarla 23 üncü maddedeki kadınları muayene ve tedavi etmelerine müsaade edilmez.”* şeklinde aykırı davranılması halinde uygulanacak yaptırım düzenlenmiştir.

Mevzuatta bildirim yükümlülüğünün düzenlendiği hükümlere bakıldığında bulaşıcı hastalık kavramının çok geniş olduğu görülmektedir. Zaman içerisinde birçok yeni hastalık keşfedilmekte ve bu kapsam genişletilmektedir. Bu sebeple doktrinde²⁸⁷ bulaşıcı hastalıktan kaynaklı bildirme yükümlülüğünü düzenleyen hükümlerin Türk Ceza Kanunu hükümleri ile uyumlu hale getirilmesi gerektiği; aksi halde sağlık mesleği mensupları bakımından çok geniş bir bildirim yükümlülüğü bulunduğu ve kamu sağlığı ile bireyin menfaati arasındaki dengenin tesisinin zorlaşacağı ifade edilmektedir.

Bunun en belirgin örneği HIV+ pozitif hastaları bakımından getirilen bildirim yükümlülüğünün ayrı ayrı ve dağınık bir mevzuat içerisinde düzenlenmiş olmasıdır. UHK’da yer almayan bu hastalık Sağlık Bakanlığı’nın 07.10.1985 tarih ve 3765 sayılı genelgesi ile bildirim yükümlülüğü kapsamına dahil edilmiştir. Sonrasında 18.04.1994 tarih ve 4800 sayılı ve 01.07.1994 7789 sayılı Sağlık Bakanlığı Genelgeleriyle de kimlik bilgilerinin gizlenmesi suretiyle hasta bilgilerinin kodlu bir sistemle gönderilmesi yükümlülüğü getirilmiştir. Ayrıca 30.05.2007 tarihli 26537 sayılı Bulaşıcı Hastalıklar Sürveyans ve Kontrol Esasları Yönetmeliği’nin 5. maddesi²⁸⁸ ve

²⁸⁷ Erbaş, s. 41.

²⁸⁸ “MADDE 5 – (1) Bakanlık bulaşıcı hastalıkların sürveyansı ve kontrolü çalışmalarının koordinasyonu, epidemiyolojik sürveyansta bildirim sisteminin etkin işlemesi ve bu çerçevede bilginin tek tip ve standart olmasını sağlamak amacıyla, Bakanlığın ilgili birimlerinin temsilcilerinden oluşan bir komite kurar.

(2) Koordinasyon komitesinin görevleri aşağıda belirtildiği gibidir.

a) Danışma komisyonlarından gelen önerileri de göz önünde bulundurarak ulusal ve uluslararası düzeyde bulaşıcı hastalık eğilimlerini değerlendirmek, ulusal eylem planı oluşturmak ve güncellemek.

Ulusal AIDS Komisyonu'nun yayınladığı 74.,75., 76. ve 77. ilke , Sağlık Bakanlığı Temel Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nün 18.03.2002 tarih ve 4134 sayılı Evlilik Öncesi Sağlık Raporu konulu genelgesi²⁸⁹ gibi birçok farklı yasal düzenleme ile bir mevzuat oluşturulmaya çalışılmıştır. Fakat bu durum doktrinde haklı olarak eleştirilmekte yasal düzenlemelerin dağınık ve kopuk bir şekilde olmayıp etik sorunların da gözetildiği ayrı bir düzenleme yapılması gerektiği ifade edilmektedir²⁹⁰.

Burada bir diğer üzerinde durulması gereken husus bulaşıcı hastalıkların bildirilirken hastaya ait kişisel sağlık verilerinin minimum düzeyde kullanılmasıdır. Bunun sebebi hastanın mahremiyet hakkı ile kamu sağlığı arasında makul bir dengenin kurulabilmesidir. Bu sebeple bulaşıcı hastalık ihbar raporlarında sadece zorunlu ve gerekli bilgilere yer verilmeli rapor ilgili mercie iletdikten sonra hasta ile ilgili eksik bir veri varsa ikinci aşamada tamamlanmalıdır. Yine bu bilgilere erişim konusunda

b) Danışma komisyonlarından gelen öneriler ile mevcut uluslararası sürveyans ağlarını ve ulusal ihtiyaçları göz önünde bulundurarak, bildiri zorunlu bulaşıcı hastalıkların seçilme ölçütlerini, hastalık listesini, vaka tanımlarını, rehberleri ve ilgili diğer mevzuatı güncellemek.

c) Danışma komisyonlarından gelen öneriler ile mikrobiyolojik ve epidemiyolojik sürveyans yöntemlerini belirlemek.

ç) Danışma komisyonlarından gelen öneriler ile epidemiyolojik sürveyans için Bakanlık tarafından toplanıp paylaşılacak bilgilerin ve verilerin kapsamı, yapısı ve türü ile bu verilerin uyumlu ve karşılaştırılabilir olmalarını sağlayacak yöntemleri belirlemek.

d) Özellikle acil durumlarda alınacak toplum sağlığını koruyucu önlemler için rehberlerin hazırlanmasını veya hazırlatılmasını sağlamak.

e) Bulaşıcı hastalıklarla ilgili halka yönelik bilgi ve rehber dokümanları hazırlamak veya hazırlatmak.

f) Danışma komisyonlarından gelen öneriler ile verilerin analiz edilmesini ve paylaşılmasını sağlayan uygun teknik araçları ve prosedürleri belirlemek.

g) Sürveyans sisteminin yürütülmesini bir bütün olarak izlemek, değerlendirmek ve işleyişi etkin ve verimli kalmak için gerekli görülen düzeltmeleri yapmak.

ğ) Bulaşıcı hastalıkların sürveyansı ve kontrolü ile ilgili uluslararası alanda Türkiye'nin görev almasını sağlayacak girişimlerde bulunmak. "

²⁸⁹ <https://www.ttb.org.tr/STED/sted0602/masa.pdf>, (28.04.2020).

²⁹⁰ Çobanoğlu, Kurumsal ve Uygulamalı Tıp Etiği, s. 182-190, "Halk sağlığı mevzuatı gözden geçirilmeli ve HIV salgını nedeniyle ortaya çıkan halk sağlığı sorunlarına yanıt verecek biçimde yeniden oluşturulmalıdır. Halk sağlığı mevzuatında diğer salgın hastalıklar için zorunlu olan önlemlerin, uygun olmayan biçimlerde HIV vakalarında uygulanması önlenmeli ve mevzuat insan hakları ilkeleriyle uyumlu olması gerektiği, ceza yasalarının uluslararası insan hakları yükümlülüklerine uyumluluğunu ve yasaların HIV bağlamında kötüye kullanılmadığını ya da risk altındaki grupları hedef haline getirmediğini garanti altına almak için ceza yasalarını gözden geçirmeli ve reform yapması gerektiği" ifade edilmektedir. Bakınız: AIDS, İnsan Hakları ve Yasalar Türkiye'de AIDS Konusundaki Yasal Düzenlemeler ve Öneriler, Türkiye Hiv/Aids Önleme ve Destek Programı, ss.24-26

<https://pozitifyasam.org/wpcontent/uploads/Kitaplar/AIDS,%20%C4%B0nsan%20Haklar%C4%B1%20ve%20Yasalar.pdf>, (12.04.2020). , Mehmet Karataş ve diğerleri, "HIV Pozitif Kişilerin Eşlerin Hastalığı Bildirme(me)nin Yasal ve Etik Açısından Değerlendirilmesi", İnönü Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi, 17(3), 2010, s. 222., Gürkan Sert, "Özel Hayatın Gizliliği Hakkının Tıp Etiği Açısından Önemi ve HIV ile Yaşayanlar", Pozitif Yazılar, Pozitif Yaşam Derneği, İstanbul, 2007, ss. 213-241.

gizlilik bakımından hassasiyet gösterilmelidir. Sağlık mesleği mensupları dikkatli ve özenli olmalıdır²⁹¹.

2. Suç Bildirimi

Sağlık mesleği mensubu bakımından suçun bildirilmesini yükümlülük olarak kabul eden en temel düzenleme çalışmamızın da konusu olan “*Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi*” başlıklı TCK m. 280’dir. “(1) Görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşmasına rağmen, durumu yetkili makamlara bildirmeyen veya bu hususta gecikme gösteren sağlık mesleği mensubu, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Sağlık mesleği mensubu deyiminden tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler anlaşılır.” demek suretiyle açık bir şekilde sağlık mesleği mensuplarına suçun bildirmek hususunda sorumluluk yüklenmiştir. Bu hüküm çalışma konumuz olduğundan ileride detaylı bir şekilde üzerinde durulacaktır.

Suçun bildirilmesi ile ilgili diğer ilgili suçlar ise TCK m. 278’te²⁹² düzenlenen işlenmekte olan bir suçla karşılaşan kimselerin suçun bildirmek hususunda yükümlü olması diğeri ise kamu görevlilerinin suçun bildirmemesini düzenleyen TCK m. 279’dur²⁹³.

Yine Ceza Muhakemeleri Kanunu’nun 159. maddesinde bir ölümün doğal nedenlerden kaynaklanıp kaynaklanmadığı hususunda kuşkuya düşülmesi halinde durumun derhal Cumhuriyet Başsavcılığına bildirmesi gerektiği düzenlenmiştir²⁹⁴. Bu hükümden yola çıkarak uygulamada yaşanan ciddi bir soruna değinmek gerekir.

²⁹¹Sütlaş, s.93.

²⁹² “(1) İşlenmekte olan bir suçun yetkili makamlara bildirmeyen kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) İşlenmiş olmakla birlikte, sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması halen mümkün bulunan bir suçun yetkili makamlara bildirmeyen kişi, yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır. (3) Mağdurun onbeş yaşını bitirmemiş bir çocuk, bedensel veya ruhsal bakımdan engelli olan ya da hamileliği nedeniyle kendisini savunamayacak durumda bulunan kimse olması halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza, yarı oranında artırılır.(1) (4) Tanıklıktan çekinebilecek olan kişiler bakımından cezaya hükmolunmaz. Ancak, suçun önleme yükümlülüğünün varlığı dolayısıyla ceza sorumluluğuna ilişkin hükümler saklıdır.”

²⁹³ “Madde 279- (1) Kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenip de yetkili makamlara bildirimde bulunmayı ihmal eden veya bu hususta gecikme gösteren kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Suçun, adli kolluk görevini yapan kişi tarafından işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkra göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.”

²⁹⁴ “Madde 159 – (1) Bir ölümün doğal nedenlerden meydana gelmediği kuşkusunu doğuracak bir durumun varlığı veya ölümün kimliğinin belirlenememesi halinde; kolluk görevlisi, köy muhtarı ya da sağlık veya cenaze işleriyle görevli kişiler, durumu derhâl Cumhuriyet Başsavcılığına bildirmekle

Şüpheli veyahut kuşku taşımayan ölüm olaylarında defin işlemlerinin nasıl yapılacağı hususu 01.05.2000 tarihli 5853 - 2000/42 Sayılı Sağlık Bakanlığı Temel Sağlık Hizmetleri Müdürlüğü'nün "*Mezarlıklar ve Ölü Defni Hakkında Genelge*" sinde detaylı bir şekilde açıklanmıştır²⁹⁵. Genelge öncelikle Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun "*Mezarlıklar ve Ölümlerin Defni*" başlıklı bölümüne ve ardından 09.08.1931 tarih ve 1868 sayılı Resmi Gazetede yayımlanıp yürürlüğe giren Mezarlıklar Hakkındaki Nizamname 'ye gönderme yaparak önemli hususlara değinmiştir.

Öncelikle UHK m. 215²⁹⁶ ve BMN m. 29²⁹⁷ gereğince defin ruhsatiyesi alınmaksızın mezarlıklara defin kabul edilemez ve defin işlemi yapılamaz. Yine ruhsatnamelerin ölünün hüviyetini, adresini, bilindiği halde ölümün sebebini içereceği, define ruhsat verildiğinin açıklıkla kaydedilmesi gerektiği açık bir şekilde belirtilmiştir. Defin ruhsatıyeleri UHK m. 216 gereğince; belediye hekimleri, toplum sağlığı merkezi hekimleri ile aile hekimleri tarafından ölü muayenesinden sonra verilecek ve bu ruhsatıyelerin yerleşim yeri bazında hangi tabipler tarafından verileceği Türkiye Halk Sağlığı Kurumu tarafından belirlenecektir.

UHK m. 219'da ise; hekim bulunmayan yerlerde ölümlerin muayeneleri küçük sıhhat memurları veya bu iş için yetiştirilmiş veya tavzif edilmiş memur tarafından icra ve ruhsatnamelerin verileceği ifade edilmektedir. Bu kimselerin de bulunmadığı yerlerde defin ruhsatiyesi ya jandarma karakol kumandanları veya köy muhtarları tarafından verilir. Her şehir, kasaba veya köyde ölü muayenesi yapacak ve defin ruhsatını verecek olanlar en büyük mülkiye memuru tarafından tayin ve ilan olunur. Bu hükümlerden yola çıkarak defin ruhsatnamesi verildikten sonra artık ölüm nedeni hiçbir şekilde araştırılmayacaktır.

Burada temel olarak doğan sorun şüpheli ölümlerin aydınlatılmaması ve temelde ceza hukuku anlamında maddi gerçeğin ortaya çıkarılamamasıdır. UHK bunu

yükümlüdürler. (2) Birinci fıkra kapsamına giren hallerde ölünün gömülmesi ancak Cumhuriyet savcısı tarafından verilecek yazılı izne bağlıdır. "

²⁹⁵ http://www.istanbulsaglik.gov.tr/w/mev/mev_gen/temel_saglik/mezarliklar.pdf, (28.04.2020).

²⁹⁶ "Madde 215 – Bu kanunun tarifi dahilinde defin ruhsatiyesi alınmadıkça ve ibraz olunmadıkça hiç bir cenazenin defni caiz değildir. Ruhsatnameler mevtanın hüviyetini, adresini, bilindiği halde vefatın sebebini muhtevi olacak ve define ruhsat verildiği sarahatla kaydedilecektir."

²⁹⁷ "Madde 29 – Umumi Hıfzıssıhha Kanunu hükümlerince salahiyyettar kılınmış olan memurlar tarafından verilmiş gömme ruhsatiyesi alınmadıkça, mezarlığa ölü kabul edilemez ve gömülemez."

öngörüp 221. maddede²⁹⁸ ölü muayenesi yapanların veya defin ruhsatnamesi verenlerin ölüm sebebinin şüpheli olması halinde ihbar yükümlülüğü getirmiştir. Fakat bu ihbar yükümlülüğü bu konudaki yetkin olmayan kimselere getirilmiştir.

Köy muhtarları veyahut görevlendirilen memurlar tıp ihtisası konusunda yetersiz olduğu gibi bir suç belirtisinin tespiti konusunda da yetersiz kalacaklardır. Hal böyle iken birçok suç cezasız kalacak şüpheli ölümler fark edilemeyecektir. Nitekim uygulamada ceset köy köy gezdirilerek bulundukları yerde öldüğü iddia edilerek defin ruhsatnamesi alınmaktadır. Pratisyen bir hekimin bile uzman hekim yerine müdahale yetkisi ve kabiliyeti çok sınırlı iken bu durumun kabulü mümkün değildir. 1930 yılından beri değişikliğe uğramamış yukarıda bahsi geçen hükümlerdeki bu zafiyetin ceza hukukuna hakim temel ilkeler kapsamında izahı mümkün değildir. UHK m. 221 ile hiçbir işlerliği olmayacak bir bildirim yükümlülüğü de bu zafiyet giderilemeyecektir.

Nitekim doktrinde; TCK ve CMK’da konuyla ilgili hedeflenen amaçların elde edilebilmesi için bu hükümlerin derhal kaldırılarak yeni bir kanuni zemine kavuşturulması gerektiği, yalnızca hekimlere defin ruhsatı verme yetkisinin getirilmesi, eğer bir kuşku duyuluyorsa CMK m. 159 ve TCK m. 280 ihbar yükümlülüğünün yerine getirilerek kapsamında adli mercilerin harekete geçirilmesi gerektiği ifade edilmektedir²⁹⁹.

Bu düzenlemelere karşın uyuşturucu madde kullanan kimselerin kovuşturmaya tabi olma korkusuyla sağlık hizmetlerine başvurmaktan çekinmelerinin önüne geçmek adına TCK m. 192/4’te 24.11.2016 tarihinde bir istisna getirilmiştir. Hükümde *“Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi, hakkında kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmaktan dolayı soruşturma başlatılmadan önce resmi makamlara veya sağlık kuruluşlarına başvurarak tedavi ettirilmesini isterse, cezaya hükmolunmaz. Bu durumda kamu görevlileri ile sağlık mesleği mensuplarının 279 uncu ve 280 inci maddeler uyarınca suçu bildirme*

²⁹⁸ “Madde 221 – Ölü muayene edenler veya defin ruhsatnamesi verenler vefat sebebinin kazaen veya bir sari hastalık neticesi olduğuna dair şüphe veya kanaat hasıl ettikleri takdirde ait olduğu makamı haberdar etmeden defin ruhsatı veremezler. Tabip olmayan yerlerde sari hastalık şüphesiyle vefat edenler içinde defin ruhsatı verilip hadiseden akabinde makamı aidesine malûmat verilir.”

²⁹⁹ Yener Ünver, “İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma” (TCK’da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar), Güncellenmiş 5. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, ss. 422-424.

yükümlülüğü doğmaz.” Şeklinde suçu bildirme yükümlülüğü bakımından sağlık mesleği mensuplarına istisna tanınmış ve bu konuyla doktrindeki tartışmalara son verilmiştir.

Burada değinilmesi gereken bir diğer önemli hal sağlık mesleği mensubuna başvuran hastanın bedeninde suça ilişkin bir kanıtın bulunması halidir. Burada kanıtın bedenden alınması yaşam veya beden bütünlüğüne zarar vermeden ve yasadan kaynaklanan sorumluluktan ötürü yargı işleyişi maksadıyla alınmalıdır. Kanıtın hastanın bedeninde kalmasının zarar oluşturup oluşturmaması önem arz etmez. Tıbbi bir zorunluluk yok ve hasta bedeninden kanıtın alınmasına rıza göstermiyorsa burada örnek artık hukuka uygun bir karar neticesinde alınabilecektir³⁰⁰. Nitekim Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği’nin 86. maddesi *“Yataklı tedavi kurumlarında muayene ve tedavi edilen vakalarda, bir suçun işlendiğine dair bir belirti ile karşılaşılması halinde Türk Ceza Kanunu’nun ilgili maddesi gereği gecikmeksizin Cumhuriyet savcılığına veya adli kolluğa haber verilmesi zorunludur. Ayrıca, yaralı ve cesetten çıkartılan delil niteliğini haiz eşyanın adli makamlara aynen ve gecikmeksizin teslimi gerekir.”* Diyerek suçu bildirme yükümlülüğünü ayrıca düzenleyerek Türk Ceza Kanunun ilgili hükümlerine gönderme yapmıştır.

3. Doğum ve Ölüm Olayları, Kürtaj Girişimleri ve Organ ve Doku Nakillerinin Bildirilmesi

Burada bahsedilmesi gereken ilk düzenleme Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 159. maddesidir. Bu hükümde *“Bir ölümün doğal nedenlerden meydana gelmediği kuşkusunu doğuracak bir durumun varlığı veya ölünün kimliğinin belirlenememesi”* halleri söz konusu olduğunda *“kolluk görevlisi, köy muhtarı ya da sağlık veya cenaze işleriyle görevli kişiler”* gibi belirli kimseler bakımından Cumhuriyet Savcısına bildirim yükümlülüğü getirilmiştir.

Bir diğer düzenleme 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu’nda yer almaktadır. Bu kanunun 15. maddesinde sağ doğan her çocuk doğum tarihinden itibaren 30 gün içerisinde Nüfus Müdürlüğü’ne bildirilir. Yine aynı hükmün devamında sağlık mesleği mensupları bakımından ayrı bir düzenleme öngörülerek *“Sağlık kuruluşları ve sağlık kuruluşları dışında sağlık personeli nezaretinde gerçekleşen doğumlar, ilgili*

³⁰⁰ Sütlaş, s. 94.

sağlık biriminde bulunan yer nüfus müdürlüğüne beş iş günü içinde bildirilir.” Hükmüne yer verilmiştir. Yine *“sağlık personeli nezaretinde gerçekleşmeyen doğum bildirimi; gebelik sırasında anneyi takip eden tabip ya da sağlık mesleği mensubunca düzenlenecek rapor veya belge ile”* yapılacaktır.

Ölümlerin bildirilmesi bakımından ise 31. maddesi ve 65. maddesi³⁰¹; şehir ve kasabalarda Umumi Hıfzıssıhha Kanunu gereğince defin ruhsatı vermeye yetkili olanlar tarafından köylerde ise varsa resmî tabip veya sağlık kuruluşu yetkilileri yoksa köy muhtarları, hastane ve bakım evi gibi sağlık kurumlarında kurum amirlikleri gibi mercilerin ölüm olayını meydana geldiği tarihten itibaren on gün içerisinde Genel Müdürlüğe ya da nüfus müdürlüğüne bildirmekle yükümlü olduğu ifade edilmiştir.

Özel Hastaneler Yönetmeliği’nin 49. maddesinde ise *“Özel hastaneler, kliniklerinde takip ettikleri gebeler, yenidoğan ve bebeklerin izlenmesi ve kontrolü için Bakanlıkça istenilen kayıt ve bildirimleri istenilen formatta ve sürelerde Bakanlıkça belirlenen birime bildirir.”* hükmü ile doğumların bildirilmesi hususunda yükümlülüğü düzenlemiştir.

Mezarlık Yerlerinin İnşası ile Cenaze Nakil ve Defin İşlemleri Hakkında Yönetmelik’te ise ölüm belgesinin verilmesini düzenleyen 16. maddede³⁰² ölüm

³⁰¹ “MADDE 65 – (1) Ölüm, meydana geldiği yer ve koşullara bağlı olarak aşağıda belirtilen görevliler tarafından bildirilir: a) Şehir ve kasabalarda 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu gereğince defin ruhsatı vermeye yetkili olanlar, b) Köylerde, varsa resmî tabip veya sağlık kuruluşu yetkilileri, yoksa köy muhtarları, c) Hastane ve bakım evi gibi sağlık kurumlarında kurum amirlikleri, ç) Askerî birliklerde tabipler veya iç hizmet mevzuatına göre kıta komutanlıklarınca görevlendirilmiş olanlar ve askerlik şubeleri, d) Afetlerde mülkî idare amirlerince görevlendirilecek memurlar, e) Adli olaylarda ve kazalarda ilgili Cumhuriyet savcılıkları.

(2) Yukarıda belirtilen görevliler olayın meydana geldiği, dış temsilciliklerimiz ise olaydan haberdar oldukları tarihten itibaren on gün içerisinde, Genel Müdürlüğe ya da nüfus müdürlüğüne bildirmekle yükümlüdürler. (3) Kanunî süre geçtikten sonra nüfus müdürlüklerine gelen ölümlere ait tutanaklar resmî sağlık kurumları kayıtlarına veya diğer resmî belgelere dayanılarak düzenlenmiş ise nüfus müdürlüklerince kabul edilip işleme alınır. (4) Yurt içinde meydana gelen ölümlerde, ölüm nerede meydana gelmişse o yerin nüfus müdürlüğüne, ölüm yerinin tespit edilememesi halinde ceset nerede bulunmuşsa o yerin, ölüm bir taşıt içinde olmuşsa bu taşıttan çıkarıldığı yerin nüfus müdürlüğüne bildirilir. (5) Ölüm tutanaklarına varsa nüfus cüzdanı da eklenir. Nüfus cüzdanı yoksa bu husus tutanağın ilgili alanında belirtilir.”

³⁰² “MADDE 16 – (Başlığı ile birlikte değişik:RG-19/1/2013-28533)-(1) Ölüm resmî sağlık kurumlarında gerçekleşmiş veya cenaze resmî sağlık kurumuna getirilmiş ise, ölüm belgesi sağlık kurumunca düzenlenir ve kurumun müdür veya baştabibi tarafından tasdik edilir.

(2) Ölüm, özel sağlık kuruluşlarında gerçekleşmiş ise, ölüme sebep olan hastalık esnasında tedavi eden tabibin verdiği ölüm belgesi varsa bu belge belediye tabibi, yoksa toplum sağlığı merkezi hekimi veya aile hekimi tarafından tasdik edilmek şartıyla geçerli olur. Tasdik işlemi elektronik ortamda da yapılabilir.”

olayının resmi sağlık kurumlarında gerçekleşmesi halinde veyahut cenazenin resmi sağlık kurumuna getirildiği hallerde ölüm belgesinin sağlık kurumunca düzenleneceği belirtilmiştir. Ölüm olayının özel sağlık kuruluşunda gerçekleşmesi halinde ise ölüme yol açan hastalığın tedavisi sürecinde görev alan hekim tarafından düzenlenecek belge ile tasdik edilebilecektir. Yine aynı yönetmeliğin 21. maddesinde³⁰³ ölüyü muayene etmeye veyahut ölü belgesi vermeye yetkili olan kimseler şüpheli bir ölümle karşılaşmaları veya öyle bir kanaate ulaşmaları halinde adli makamlara bildirmekle yükümlüdürler. Ölüm olayının bulaşıcı bir hastalıktan kaynaklandığı düşünülüyorsa cenazenin bulunduğu yerdeki toplum sağlığı merkezine bildirilmesi gerekmektedir.

Mevzuatta kürtaj bakımından da bildirim yükümlülüğünün düzenlendiği görölmektedir. Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük’ te 5. maddede³⁰⁴ gebeliğin on haftayı geçmesi halinde artık rahim tahliyesinin yapılamayacağı tüzükte belirtilen koşulları taşıdığı takdirde rahim tahliyesini yapan hekimin tuttuğu rapor ve ameliyat sonucu ile beraber bir hafta içerisinde *“illerde sağlık ve sosyal yardım müdürlüklerine, ilçelerde hükümet tabipliklerine”* bildirmek yükümlülüğü altında olduğu düzenlenmiştir. Yine tüzüğün 9. maddesinde acil hallerde rahim tahliyesinin gerçekleştirildiği durumlarda hekim müdahaleden önce eğer imkan yok ise müdahalenin tamamlanmasından 24 saat sonra *“kadının kimliğini, yapılan müdahaleyle müdahaleyi gerektiren nedenleri ve sonucunu, illerde sağlık ve sosyal yardım müdürlüklerine, ilçelerde hükümet tabipliklerine yazılı olarak”* bildirmek yükümlülüğü altındadır.

Burada tartışmalı olan husus tüzüğün 13. maddesinde on haftayı geçmeyen gebelikler bakımından reşit olmayan bir kimsenin rahim tahliyesi işlemine

³⁰³ “MADDE 21 – (Değişik:RG-19/1/2013-28533)-(1) Ölüyü muayene edenler veya ölüm belgesi vermeye yetkili olanlar vefat sebebinin doğal olmayan yollardan olduğuna dair şüphe veya kanaat taşıdıkları takdirde adli makamları, bulaşıcı hastalıktan olduğuna dair şüphe taşıdıklarında ise, cenazenin bulunduğu mahaldeki toplum sağlığı merkezini haberdar etmeden ölüm belgesi veremezler. Tabip olmayan yerlerde bulaşıcı hastalık şüphesiyle vefat edenler için, ölüm belgesi düzenleme yetkililerince, haberdar edilen sağlık biriminin talimatlarına göre ölü muayenesi yapılır, ölüm belgesi verilir ve defin talimatlarına uygun olarak yerine getirilmesi sağlanır.”

³⁰⁴ “Madde 5 – Gebelik süresi on haftayı geçen kadınlarda, rahim tahliyesi yapılamaz. Bu durumdaki kadınlarda, ancak, Tüzük’e ekli (2) sayılı listede sayılan hastalıklardan birinin bulunması halinde ve kadın hastalıkları ve doğum uzmanı tarafından rahim tahliyesi yapılabilir. Hastalığın, kadın hastalıkları ve doğum uzmanıyla bu hastalığın ilişkin olduğu uzmanlık dalından bir hekimin birlikte hazırlayacakları, kesin klinik ve laboratuvar bulgulara dayanan, gerekçeli raporlarla saptanması zorunludur. Rahim tahliyesini yapan hekim, bu raporu, ameliyenin sonucuyla birlikte en geç bir hafta içinde, illerde sağlık ve sosyal yardım müdürlüklerine, ilçelerde hükümet tabipliklerine göndermek zorundadır. Bu raporlar il sağlık ve sosyal yardım müdürlüğünde toplanır.”

başvurabilmesi için velisinden rıza alınması gerektiğidir. Bu belge bulunmaksızın işlemin gerçekleştirilmesi imkanı olmadığından reşit olmayan bir kimsenin kürtaj yaptırması halinde ebeveynlerine haber verilmesi hekimin etik bir ikilemde kalmasına yol açabilmektedir. Yine benzer bir şekilde reşit olmayan bireylerin kontraseptif ilaç kullanmak istemesi hali de bu duruma örnek verilebilecektir.

Mevcut haliyle düzenleme maalesef reşit olmayan bireylerin cinsel sağlığı için ilgili hizmetlere başvurmasına engel olmakta, gebelikten korunma yöntemlerine ulaşamamasına, sağlığının bozulmasına veya istenmeyen gebeliklerin devam ettirilmesine sebep olmaktadır³⁰⁵. Elbette bu hükmün amacı çocuğun üstün yararını gözetmektir. Çünkü maalesef çoğu zaman rıza dışı veya cinsel istismar neticesinde gebe kalan küçük, gebeliğinin farkına vardığında toplum baskısı ve aile şiddetinden korktuğu için gebeliğini gizlemektedir. Fakat çocuğun üstün yararının sağlanması için bir takım hukuki önlemler alınması hastanın cinselliği ile ilgili hiçbir mahremiyeti olmadığı şeklinde anlaşılmamalı ve uygulanmamalıdır.

Kanaatimizce burada hasta mahremiyetinin hiçe sayılmaması adına öncelikle ebeveynlerine haber vermesi gerektiği hususunda hastanın bilgilendirilmesi ve en önemlisi bu işlemin mutlaka bir pedagog eşliğinde yapılması gerekmektedir. Çünkü çocuğun üstün menfaati dikkate alındığında; hekimin tek başına bilgilendirme esnasında iletişim açısından yetersiz kalabilecektir. Bu işlemin pedagog eşliğinde olması küçüğün ruhsal gelişimi açısından daha korunaklı bir yöntem olacaktır. Küçük bu yöntemle detaylı bir şekilde bilgilendirilerek ikna edilmeye çalışılmalıdır. Bu rağmen hasta küçüğün gebeliğinin gizli kalması yönünde bir irade ortaya koyması halinde ebeveynlerinin bu konuda bilgilendirileceği kendisine iletilmelidir. Kaldı ki yukarıda açıkladığımız gibi reşit olmayanların rahim tahliyesi işlemi yaptırabilmesi için mutlaka ebeveynlerinin rızası gerektiği için haberdar olmamaları imkânsızdır³⁰⁶.

Son olarak bu başlık altında Organ ve Doku Nakillerinin bildirilmesini değerlendirmek gerekir. Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanunu'nun 7. maddesinde organ ve alacak hekimlerin *“vericinin evli olması halinde birlikte yaşadığı eşinin, vericinin organ ve doku verme kararından haberi olup olmadığını araştırıp öğrenmek ve öğrendiğini bir tutanakla tespit etmek”*

³⁰⁵ Muhtar Çolak, Kürtaj, Babil Yayınları, 1. Bası, İstanbul, 2008, ss. 236-237.

³⁰⁶ Sert, Mahremiyet Hakkı, ss. 145-146.

yükümlülüğü altındadır. Burada görüldüğü üzere sır saklama yükümlülüğüne bir istisna getirilerek bu konu bakımından bildirim yükümlülüğü getirilmiştir. Bu ek olarak aynı hükümde *“kan veya sıhri hısımlık veya yakın kişisel ilişkilerin mevcut olduğu durumlar ayırık olmak üzere, alıcının ve vericinin isimlerini açıklamamak; zorundadırlar.”* denerek sır saklama yükümlülüğüne ayrıca bağışçı ile kan veya sıhri hısımlık veya yakın kişisel ilişkiler mevcut ise gizliliğe istisna tanınabileceği öngörülmüştür.

4. Sağlık Raporları ve Hasta Kayıtlarının Paylaşımı

Bu başlık altında aslında temel olarak hasta kayıtlarının ve raporlarının üçüncü kişilerle çeşitli sebeplerden paylaşımını ele alacağız. Öncelikle burada her hastanın kayıtlarına ilişkin mahremiyet hakkının olduğunu hatırlatmak gerekir. Fakat bazen hasta bir kişiye veyahut merciiye sunmak maksadıyla rapor almak için sağlık mesleği mensubuna başvurabilir.

Doktrinde bu gibi hallerde raporun bildirilmesi hususunda hastanın müracaat etmesiyle rızasını da ortaya koyduğu ifade edilmektedir³⁰⁷. Bunun temel dayanağı ise Sağlık Çalışanları İçin Sağlık Hizmetinde Gizliliğe ve Mahremiyete İlişkin Avrupa Rehber Kurallarıdır. Bu rehber *“Sağlık Hizmetlerinin Sunulmasında Gizliliğe ve Mahremiyete İlişkin Avrupa Standartları”* nın bir bölümünü oluşturmaktadır. Standartları, Sağlık Çalışanları İçin Sağlık Hizmetinde Gizliliğe ve Mahremiyete İlişkin Avrupa Rehberi daha detaylı olarak açıklamakta ve sağlık hizmeti sunan kurumlara etik ve yasal temeller çerçevesinde öneriler sunmaktadır. Bizler burada konuyla doğrudan ilgisi bulunduğundan Sağlık Çalışanları için Sağlık Hizmetinde Gizliliğe ve Mahremiyete İlişkin Avrupa Rehber’in hasta bilgi ve kayıtlarının korunması, kullanılması ve açıklanmasına ilişkin üç temel ilkesinden söz etmeyi yeterli bulmaktayız.

Bu ilkelerden ilki uyarınca hastanın bütün bilgi ve kayıtlarının gizli tutulmasını ve gizliliğinin ve mahremiyetinin korunması için gerekli önlemlerin alınmasını isteme hakkı bulunmaktadır. Bu hakkıyla paralel ikinci bir ilkeye göre ise bu gizli kayıtların üçüncü kişilerle paylaşılabilmesi için hastanın aydınlatılarak bu hususta rızasının

³⁰⁷ Emine M., Atabek, Tıbbi Deontoloji Konuları, İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1983, s. 92.

alınması, onam vermemesi veya verdiği onamı geri çekmek istediği takdirde buna saygı duyulması gerekmektedir. Ancak bu şekilde hasta kendisine ait bilgi ve kayıtların açıklanmasını kontrol altında tutabilecektir.

Son olarak ise hastanın açık ve aydınlatılmış onamının bulunduğu; hasta kayıt ve bilgilerinin paylaşılması hali söz konusu olduğunda sağlık çalışanları yalnızca gerekli bilgilerin paylaşılması, orantılı olması ve bu bilgi paylaşımı sırasında oluşabilecek risklerden hastanın korunması hususunda dikkatli olmalıdırlar³⁰⁸. Rehber paylaşılacak bilgiler bakımından belirli ayrımlar içermektedir. Hastanın doğrudan tedavisi ile ilgili hasta bilgilerinin paylaşımı noktasında ayrıca rıza aranmayacağı hastanın doğrudan sağlık hizmeti ile ilgili olmayan bilgilerin paylaşılması bakımından hastanın ya da kanuni temsilcisinin rızasının aranması gerektiği belirtilmiştir³⁰⁹.

Bu rehber ilkelerin ve yukarıda detaylı bir şekilde açıkladığımız mevzuatın kapsamında uygulamada sağlık mesleği mensuplarının sır saklama yükümlülüğü bakımından etik ikilemlere sebep olan bazı sorunlar bulunmaktadır. Bunların başında öncelikle sigorta şirketleri ile hasta kayıtlarının ve bilgilerinin paylaşılması sorunu bulunmaktadır. Doktrinde bu sağlık mesleği mensuplarının sorumluluğunun hastaya karşı değil çalıştıkları kuruma karşı olduğu ve öğrendiği her şeyi bu kapsamda bildirmek yükümlülüğü altında olduğu ifade edilmektedir³¹⁰. Bununla birlikte rapordan haberdar olması gereken ilgili kurum ve kimseler dışında hastanın bilgilerinin paylaşılması bakımından mutlaka açık bir şekilde rızasının alınması gerektiği ve mevcut hastalığının niteliğinin önem arz etmediği ifade edilmektedir³¹¹.

Günümüzde teknolojinin hızlı gelişimi ve elektronik sistemlere hasta kayıtlarının taşınması çok hızlı bir şekilde üçüncü kişilerle hasta kayıtlarının paylaşılmasına sebep olmaktadır. Bu nedenle bu durum denetimi zor bir hal almaktadır. Kişiler ekonomik ve sosyal hayatlarını veyahut sağlıklarını güvence altına alabilmek adına birçok sigorta şirketine başvurmaktadırlar.

³⁰⁸ “Sağlık Çalışanları İçin Sağlık Hizmetinde Gizliliğe ve Mahremiyete İlişkin Avrupa Rehber Kuralları”, <http://www.hayad.org.tr/saglik-calisanlari-icin-saglik-hizmetinde-gizlilik-ve-mahremiyete-iliskin-avrupa-rehber-kurallari>, (10.03.2020).

³⁰⁹ Sert, Hasta Hakları, s. 271.

³¹⁰ Atabek, ss. 89-90.

³¹¹ Belgesay, s. 149.

Kişisel sağlık verileri kısmında değindiğimiz üzere birçok sigorta şirketi kanuna dayanarak hastadan sağlık raporu istemekte veyahut hasta kayıtlarına ulaşmaktadır. Bu sebeple sigorta şirketleri kendi hekimlerini bulundurarak onlardan hastanın sağlık durumuna ilişkin belirli raporlar talep etmektedir. Bu şekilde elde edilen bilgiler sigortaların arşivlerinde depolanmakta ve bazen başka bir sigorta şirketiyle veyahut bir işveren ile paylaşılabilir.

Yine benzer bir durum işyeri hekimleri ile çalışanlar arasındaki ilişki bakımından mevcuttur. İşyeri hekimi özel ya da bir kamu kuruluşu, ya da gerçek kişi tarafından çalışanların sağlık durumlarının takibi ve işyerinin kar dengesinin sağlanabilmesi amacıyla işe alınmaktadır. Doğan etik sorun sigorta şirketinin çalıştığı uzman hekimle ya da işyeri hekimi ile çalışanlar bakımından nasıl bir ilişki olduğudur. Çünkü burada hekim işveren adına hareket etmekte ve temelde onun işletmesini kar ettirmek için hareket etmekte ve buna yönelik bir sözleşme ilişkisi altına girmektedir.

Peki, burada hekim ile hasta arasındaki gizlilik ve mahremiyet ilişkisi ne olacaktır? İşyeri hekiminin düzenlediği rapor neticesinde veya sigorta şirketinin verileri paylaşması halinde kişi işsiz kalabilecek, mevcut konumundan çok daha düşük bir pozisyonda ve düşük bir ücrete çalıştırılabilecektir. Veyahut sigorta şirketlerinin işverenlerle hasta bilgilerini paylaşması halinde işe alımına engel olunabilecektir. Görüldüğü üzere bu ikilem birçok maddi ya da manevi zarara sebep olabilecektir. Başlı başına bu durum tıp etiği bakımından ihtilafa sebep olmaktadır. Çünkü hekim burada işverene karşı sorumluluğu ile hastaya ilişkin sorumlulukları arasında kalacaktır.

Bu ihtilafı aydınlatmak adına her ne kadar birçok tartışma veya birden fazla önemli ilke bulunsun da tıp etiği bakımından Hipokrat yemininden yola çıkılarak hakim dört ilkedен bahsetmek gerekir³¹². Öncelikle bir sağlık mesleği mensubu mesleğini icra ederken hastaya, topluma veyahut bir üçüncü kişiye zarar vermeksizin hareket etmelidir. İkinci olarak hastanın yararına hareket etmeyi kendine öncelik olarak kabul etmelidir. Tüm bunları yerine getirirken özerklik ilkesini de gözetmelidir. Burada özerklik ilkesi aslında temel anlamda hastanın aydınlatılmış onamını ifade etmekle birlikte yalnızca hasta bakımından bir değerlendirmeyi değil aynı zamanda sağlık

³¹² N. Yasemin Oğuz, “İşyeri Hekimliği ve Etik”, Anadolu Tıp Fakültesi Dergisi, Kasım 1999;Özel Sayı 1(1), ss. 71-72., <http://www.yaseminyalim.com/yayinlar/>, (10.03.2020).

mesleği mensubunun da karar alırken ki özerkliğini ifade etmektedir. Ve son olarak adalet ilkesi tıp etiği bakımından önem arz etmektedir. Sağlık mesleği mensubu mesleğini icra ederken elindeki imkan ve kaynakları mümkün olduğunca hakça adil bir şekilde hastasının yararına kullanmalıdır.

Tüm bu ilkeler doğrultusunda yukarıdaki etik ikilemi değerlendirecek olursak işletmenin menfaati ile hastanın menfaati arasında kalan hekimin elbette önceliğinin hastanın menfaati olduğunu belirtmek gerekir. Burada aslında hekimin dikkate alması gereken çalışan ile işletme arasında yapılan antlaşmaların hekimin yükümlülükleri ve bilimsel kanılarıyla çatışmaması gerektiğidir. İşletmenin çalışanın veya toplumun sağlığına zarar verdiği bir hal söz konusu ise elbette hekim bunun bildirmek yükümlülüğü altında olacaktır. Ve bu hal hem mevzuattan hem de tıp etiğinden kaynaklı olacaktır. Fakat unutmamak gerekir ki pür hastanın menfaatine bakış açısı her daim sağlıklı sonuçlar doğurmayacak elbette bunun istisnai halleri mevcut olacaktır.

Bildirmemesi halinde hastanın, toplumun veyahut diğer çalışanların zararına olabilecek haller buna örnek verilebilir. Bazen bu gibi hallere işe başvuranın işe uygunluğuna ilişkin yapılan testler esnasında rastlanılması mümkün olabilecektir. Örneğin; pilot alımı yapan bir şirket adına çalışan hekimin hastanın gözlerinin tedavi edilemeyecek derecede rahatsız olduğunu veyahut alkol bağımlısı olduğunu fark etmesi, güvenlik görevlisi olarak işe alınacak ve silah taşıyacak bir kimsenin geceleri halüsinasyonlar gördüğünü ifade etmesi gibi³¹³.

Burada aslında bir diğer etik ikileme de yanıt doğmaktadır. Çalışana ait hasta kayıtları işverene mi aittir yoksa hastanın denetimi altında ve ona mı aittir? Burada her daim hasta kayıtlarının paylaşımının hastanın onamına bağlı olduğunu vurgulamak gerekir. Hastanın rızası olmaksızın yalnızca işletmenin kar etmesi maksadıyla elbette kayıtların paylaşılması mümkün değildir. Hatta yukarıda verdiğimiz örneklerdeki gibi hallerde ya da yasadaki kaynaklanan yükümlülüklerin bulunması nedeniyle yetkililerle paylaşılması gerektiğinde bile hastanın bilgilerinin paylaşılacağı konusunda bilgilendirilmesi gerekir³¹⁴.

³¹³ Oğuz, “İşyeri Hekimliği ve Etik”, ss. 72-73.

³¹⁴ Oğuz, “İşyeri Hekimliği ve Etik”, ss. 72-74.

Bu başlık altında değerlendirilmesi gereken bir diğer husus evlenmek isteyen kimselerin Türk Medeni Kanunun 136. maddesinde “*Erkek ve kadından her biri, nüfus cüzdanı ve nüfus kayıt örneğini, önceki evliliği sona ermiş ise buna ilişkin belgeyi, küçük veya kısıtlı ise ayrıca yasal temsilcisinin imzası onaylanmış yazılı izin belgesini ve evlenmeye engel hastalığının bulunmadığını gösteren sağlık raporunu evlendirme memurluğuna vermek zorundadır.*” denmesi nedeniyle sağlık raporu alınması zorunluluğunun bulunmasıdır. Doktrinde bu raporun alınması için evlenme muayenesine giden çiftlerin birbirinin hastalıkları hakkında bilgi almak hususunda rıza gösterdikleri ve hekimin ayrıca rıza aramaması gerektiği ifade edilmektedir³¹⁵.

Burada aile sağlığı merkezlerine evlenmek için sağlık raporu müracaatı halinin değerlendirilmesi gerekir. Evlendirme Yönetmeliğinin 15. maddesinin e bendinde evlenme engelleri arasında “*sağlık raporunun/resmi sağlık kurulu raporunun bulunmaması*” hali gösterilmiştir. Bu raporun alınmasındaki temel amaçlar genel olarak cinsel yolla bulaşıcı hastalıkların tespitinin ve tedavisinin sağlanması, akli dengeyi etkileyen rahatsızlıkların tespiti ve ileride doğacak çocuklar bakımından kan uyuşmazlığı risklerinin önüne geçebilmektedir. Bu raporun düzenlenmesi ile ilgili detaylar ise Evlenme Muayenesi Hakkında Nizamnamede bulunmaktadır. Nizamnamenin 3. maddesi gereğince aile hekimi Umumi Hıfzıssıhha Kanununun 123 ve 124 üncü maddelerinde yer alan evlenmeye engel hastalıkların bulunup bulunmadığını tespit edecektir. Bu hastalıklarından biriyle karşılaşan hekim derhal tedavi görmesi için 6. madde gereğince ilgili mercilere durumu rapor edecektir.

Bu yükümlülüğe aykırı hareket eden hekimlerin yine aynı nizamnamenin 13. maddesinde “*Bu Nizamnamenin memnuiyet ve mecburiyetlerine muhalif harekette bulunan resmi ve hususi tabipler Umumi Hıfzıssıhha Kanununun 282 nci maddesi hükümlerine göre cezalandırılırlar. Eğer bu hareketler Türk Ceza Kanunu itibarile daha ağır cezayı müstelzim iseler Türk Ceza Kanunu hükümleri tatbik olunur.*” denmek suretiyle hakkında sorumluluk doğacağı açık bir şekilde belirtilmiştir.

³¹⁵ Belgesay, s. 149, Atabek, s. 90.

5. İstatiksel bilginin toplanması

Sağlık hizmetlerinin planlanabilmesi için istatistiki bilgilere ihtiyaç duyulmaktadır. Bu da ancak sağlık mesleği mensuplarının belirli hususları bildirmesi ile mümkün kılınabilir. Yukarıda kişisel sağlık verilerine ilişkin yönetmelik ile ilgili detaylı açıklamalar yapmıştık. Burada hastaya ait kişisel sağlık verilerinin istatistiki amaçlarla toplanması halinde anonimleştirilmesi gerektiğini söylemeyi yeterli buluyoruz. Mevzuatta ise bu durum Yataklı Tedavi Kurumları Tıbbî Kayıt ve Arşiv Hizmetleri Yönergesinin 7. maddesi gereğince merkezi tıbbi arşivin bir bölümünü tıbbi istatistik ve kodlama bölümünün oluşturduğu ifade edilmiştir. 13. maddede bu bölümün görevleri belirtilmiştir. *“Hasta ve yaralılara uygulanan tedavi usûlleri ve bu konudaki çalışmaların verimini tespit etmek ve ileriye dönük planlama yapabilmek için yatan ve ameliyat olan hastalara ait bilgiler bu bölüm tarafından uluslararası esaslara göre tasnif edilir ve kodlaması yapılır.”* demek suretiyle istatistiki amaçlarla bir arşivin oluşturulması gerektiği belirtilmiştir. Sonrasında ise *“(Form-56) ile bildirim zorunlu hastalıklar, verem (tüberküloz), zehirlenme, AIDS, kadın ve ana ölümleri, kanser vakalarına ilişkin bilgileri sağlık müdürlüklerine bildirir.”* şeklinde bu verilerin arşivlenmesi esnasında belirtilen gruba dair verilerin elde edilmesi halinde bildirim yükümlülüğü öngörülmüştür. Yine aynı yönergeye eklenen md. EK- 5.7.1.12.’de ise *“Hasta sağlık bilgileri bilginin üretildiği kurum tarafından veya Bakanlığımızın Bilgi Yönetim sistemleri tarafından araştırma, istatistik ve Karar Destek Sistemleri için kullanılabilir. Bu durumda hasta sağlık bilgisi hasta tanımlayıcısı ile ilişkilendirilemez.”* hükmü yönetmeliği destekler bir surette anonimleştirmenin gerekli olduğu ifade edilmiştir.

6. Tanıklık

Tanık; kendisi dışında gerçekleşen bir maddi olaya ilişkin beş duyu organından en az birisi vasıtasıyla doğrudan doğruya edindiği bilgiyi yasal yükümlülükler sebebiyle paylaşmak zorunda olan ceza soruşturması veya kovuşturmasının tarafı olmayan kimse olarak tanımlanabilir³¹⁶. Bu kimsenin yaptığı

³¹⁶ Veli Özer Özbek ve diğerleri, Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ağustos 2019, s. 606, Fatih Birtok, AİHM, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Işığında Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 111, Metin Fevzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, USA Yayıncılık, Ankara, 1996, s. 65., Cumhur Şahin ve Neslihan

açıklamalara ise tanık açıklamaları ya da beyanları adı verilir. Kural olarak HMK m.245³¹⁷, CMK m. 36/1 ve m. 44 gereğince usulüne uygun çağırılan herkes tanıklık yapmak yükümlülüğü altındadır. Bunun istisnası ise Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu’nda bulunan tanıklıktan çekinme halleridir.

Kanunlarda belirli meslekleri veya sanatları icra edenler bakımından bu şekilde tanıklıktan çekinme hali düzenlemesinin sebebi mesleği icra edenler ile muhatapları arasındaki güven ilişkisinin tesisini sağlamaktadır. Özellikle çalışmamızın konusunu oluşturan sağlık mesleği mensupları ile hastalar arasındaki gizlilik ilişkisi ve mahremiyet hakkına sık sık değinilmiştir. Burada aslında kanun koyucu bir hukuk devletinde adaletin tesisi, suçun aydınlatılması ve suçlulukla mücadele ile bireyin sağlık hakkı, özel hayatının gizliliği, belirli meslek grupları bakımından güven ilişkisinin önemi arasında bir denge tesis etmek istemiş ve bu sebeple bu şekilde istisnai ve sınırlayıcı bir sayımla tanıklıktan çekinme halleri düzenlemiştir. Bir başka deyişle kanun koyucu güven ilişkisine o kadar önem vermiştir ki yargılama sürecinde kolaylık sağlayacak ve somut olayın aydınlatılmasını sağlayacak bilgilerden peşinen vazgeçmiştir³¹⁸.

Öncelikle HMK madde 249’da³¹⁹ meslek sırrı bulunması halinde tanıklıktan çekinebilecek kimseler düzenlenmiştir. Hükümde kanunen sır olarak korunması

Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku II, Seçkin Yayıncılık, Gözden Geçirilmiş 8. Bası, Ankara, 2019, s. 35, Yener Ünver ve Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku (3 Cilt), 15. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s.498, Bahri Öztürk ve diğerleri, Nazari ve Uygulamaları Ceza Muhakemesi Hukuku, Güncellenmiş 13. Baskı, Seçkin yayıncılık, Ankara, 2019, s. 298., Mustafa Özen, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s.319. , Erdener Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005, s. 263, Faruk Turhan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2006, s. 159, Doğan Soyaslan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2005, s. 411, Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuku, Güncellenmiş 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ağustos 2019, s. 509.

³¹⁷ “MADDE 245- (1) Kanunda gösterilen hükümler saklı kalmak üzere, tanıklık için çağırılan herkes gelmek zorundadır. Usulüne uygun olarak çağırıldığı hâlde mazeret bildirmeksizin gelmeyen tanık zorla getirilir, gelmemesinin sebep olduğu giderlere ve beşyüz Türk Lirasına kadar disiplin para cezasına hükmolunur. Zorla getirilen tanık, evvelce gelmemesini haklı gösterecek sebepleri sonradan bildirirse, aleyhine hükmedilen giderler ve disiplin para cezası kaldırılır.”

³¹⁸ Donay, ss. 145-146, Ayhan Önder, “Ceza Muhakemeleri Usulü Hukukunda Şahitlikten Çekinme Hakkı”, İHFM, Cilt:29, Sayı:4, s. 898, Turhan Tufan Yüce, “Ceza Yargılama Hukukunda Meslek Adamının Tanıklıktan Çekinme Hakkı”, Yargıtay Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 1-2, Ocak-Nisan 1980, ss. 60-61, Özbek ve diğerleri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 615, Öztürk ve diğerleri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 306.

³¹⁹ “Kanun gereği sır olarak korunması gereken bilgiler hakkında tanıklığına başvurulacak kimseler, bu hususlar hakkında tanıklıktan çekinebilirler. Ancak, 19/3/1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu hükmü saklı kalmak üzere sır sahibi tarafından sırrın açıklanmasına izin verildiği takdirde, bu kimseler tanıklıktan çekinemezler.”

gereken bilgilere vakıf olan kimselerin tanıklıktan çekinebileceği belirtilmiştir. Hükümde sır sahibinin rıza göstermesi halinde artık bu kimselerin tanıklıktan çekinemeyeceği ifade edilmiştir. Fakat buna bir istisna öngörülerek Avukatlık Kanunu'nun 36/2. maddesinde iş sahibinin sırrın açıklanmasına rıza gösterdiği halde dahi tanıklıktan çekinme hakkı olduğu açıkça belirtilmiştir. Görüldüğü üzere bu istisna sağlık mesleği mensupları bakımından öngörülmemiştir.

HMK'nın 252. maddesinde tanıklıktan çekinme hali söz konusuysa bunun nedenini ve delillerini tanıklıktan çekinecek kimsenin yargı merciine sunması gerektiği ifade edilmiştir. Süre olarak ise duruşmada dinlenme tarihinden önce yazılı veya duruşma gününde sözlü bir şekilde bu durumun bildirilmesi gerekmektedir. 3. fıkra gereğince mahkeme bu bildirimi değerlendirerek bir neticeye varacaktır. Bir sonraki hüküm olan 253. maddede ise tanık hiçbir gerekçe göstermez, yemin etmez veya göstermiş olduğu gerekçenin mahkeme tarafından uygun bulunmaması halinde yine tanıklıktan çekinirse hakkında yaptırım uygulanacaktır³²⁰.

CMK'da ise 46. maddenin birinci fıkrasında “*Meslek ve sürekli uğraşları sebebiyle tanıklıktan çekinme*” başlığı ile bir tanıklıktan çekinme hali düzenlemiştir. Bu hükmün b bendine göre “*Hekimler, dış hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları ve diğer bütün tıp meslek veya sanatları mensuplarının, bu sıfatları dolayısıyla hastaları ve bunların yakınları hakkında öğrendikleri bilgiler*” bakımından meslek ve sürekli uğraşları nedeniyle tanıklıktan çekinebileceklerdir.

Burada 765 sayılı kanunda “*diğer bütün tıp meslek veya sanatları mensuplarının*” ibaresine yer verilmediği için hekim kavramından ne anlaşılması gerektiği tartışmalı bir husustu. Doktrinde o dönem bazı yazarlar³²¹, hekim kavramının dar yorumlanması gerektiği, hekim kavramının yalnızca uzman ve pratisyen hekimleri kapsadığı; eczacı, laboratuvar teknisyeni gibi kimselerin bu kapsama dahil edilemeyeceğini belirtmekte idiler. Bu yazarlara göre kanun koyucu isteseydi nasıl ki

³²⁰ “*Tanık, kanuni bir sebep göstermeden tanıklıktan çekinir, yemin etmez veya göstermiş olduğu sebep mahkemeye kabul edilmemesine rağmen tanıklık yapmaktan çekinirse beşyüz Türk Lirasından beşbin Türk Lirasına kadar disiplin para cezasına ve bu yüzden doğan giderleri ödemesine hükmedilerek, yeniden dinlenilmek üzere yargılama başka güne bırakılır. (2) Tanık kendisine sorulan sorulara cevap vermez veya yemin etmemekte direnirse o mahkemeye iki haftayı geçmemek üzere disiplin hapsine mahkûm edilir.*”

³²¹ Donay, ss. 158-159, Önder, Şahitlikten Çekinme, ss. 901-902, Yüce, s. 54.

hükümde ebelerle ilişkin yapılan düzenleme gibi diğer kimseler bakımından da düzenlemeye giderdi.

Aksi yöndeki görüş ise³²²; hekim kavramının geniş yorumlanması gerektiğini ve bunun hükmün getiriliş amacına daha uygun düşeceğini savunmaktaydı. Eczacılar, laborantlar, sosyal hizmet çalışanları, sağlık kuruluşlarındaki sekreterler bu kapsamda kabul edilmekteydi. Aksi bakış açısı halinde hekim tanıklıktan çekinirken yanında çalışan tıp ile ilgili bir sanatı icra eden kimsenin tanıklık yapması halinde yine sır sahibi zarara uğrayacaktı. Nitekim kanun koyucu bu tartışmaya son vermek adına hükümde “*diğer bütün tıp meslek veya sanatları mensuplarının*” ibaresine yer vererek hemen hemen bütün sağlık mesleği mensuplarını kapsayacak bir hüküm tesis etmiştir.

Bir diğer tartışmalı husus ise “*Hekimler, dış hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları*” deyip diğer sağlık mesleği mensupları bakımından “*yardımcıları*” ibaresine yer verilememesidir. Bu durumda örneğin; tıbbi bir laborantın yardımcısı konumundaki kimsenin tanıklıktan çekinip çekinemeyeceği belirsizliği doğmaktadır³²³. Kanaatimizce kanun hükmünden diğer sağlık mesleği mensuplarının yardımcılarının tanıklıktan çekinebileceği sonucuna ulaşılamamaktadır. Fakat bu hükmün getirilmesindeki temel amaç hasta mahremiyetinin korunması ve mesleğin icrasından kaynaklanan sorumlulukların korunması olduğundan bu kimselerin de tanıklıktan çekinebilmesi gerekmektedir.

Birinci fıkra gereğince tanıklıktan çekinebilecek kimseler bakımından önemli bir diğer husus yine CMK m. 46/2’de Hukuk Muhakemeleri Kanunundaki gibi Avukatlık Kanunu hükümleri ayrı tutularak birinci fıkranın b bendindeki kimseler bakımından sır sahibinin rızasının bulunması halinde artık tanıklıktan çekinemeyecekleri ifade edilmektedir. Bu sebeple sağlık mesleği mensupları sır sahibinin rıza göstermesi halinde artık tanıklıktan çekinemeyeceklerdir. Yalnızca sağlık mesleği mensupları bakımından böyle bir düzenlemenin bulunması doktrinde tanıklıktan çekinmenin bir hak mı yoksa bir yükümlülük/zorunluluk/ödev mi olduğu yönünde tartışmalara sebep olmuştur.

³²² Yüce, s. 55, Sert, “Sağlık Hizmetlerinde Meslek Sırrı ve Tanıklıktan Çekinme”, s. 855, H. Langmack, “Ceza Hukuku Açısından Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü” Çeviren: Erdener Yurtcan, İHFD, Cilt:39, Sayı:1-4, 1974, s. 454.

³²³ Karasu, s. 101.

Doktrinde bir görüş³²⁴; tanıklıktan çekinmenin bir yükümlülük olduğunu savunmaktadır. Kanunda “çekinebilir” ifadesine bakarak bunun ihtiyari olduğu sonucuna varılmamalı, sayılan kimseler bakımından tanıklıktan çekinmenin zorunluluk arz ettiği belirtilmektedir. Nitekim hükmün yürürlüğe girdiği ilk yıllarda “çekinebilir” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği doktrinde tartışmalı bir husustu. Tanıklık yapmak hususunda Avukatlık Kanunu hükümleri istisna tutularak orada bir takdir hakkı tanınırken sağlık mesleği mensupları bakımından CMK m. 46/1-b gereğince artık bir yükümlülük hali söz konusudur³²⁵.

Yine paralel bir başka görüş ise³²⁶; avukatlar ve avukat stajyerleri dahil bilgidan haberdar olan kimsenin değil bilginin ilişkili olduğu kimsenin dikkate alınarak tanıklıktan çekinmenin niteliği bakımından bir değerlendirme yapılması gerektiğini ifade etmektedir. Bilginin ilişkili olduğu kişinin menfaatleri dikkate alınarak tanıklıktan çekinmenin bir yükümlülük olduğu; nitekim kanunda “tanıklıktan çekinme hakkı” şeklinde bir ibareye bilinçli bir şekilde yer verilmediği ifade edilmektedir.

Aksi görüşe göre³²⁷; tanıklıktan çekinme bir hak niteliği taşımaktadır. Kanunda avukatlar ve avukat stajyerleri bakımından bir ayrıma gidilmiştir. Onlar bakımından kanun lafzı da dikkate alındığında tanıklıkta çekinmenin bir hak olduğu açıktır. Çünkü müvekkilin rıza göstermesi halinde dahi tanıklıktan çekinebilmek takdir yetkisine sahiptirler. Fakat bu takdir yetkisi kullanılırken aleyhe veyahut lehe delil beyan vermek gibi ayırım yapılmaması eleştirilmektedir. Susma hakkı ve nemo tenetur gibi ilkelerin dikkate alınarak kanunun dolanılmasının önüne geçmek adına şüpheli ya da sanığın aleyhine olan bilgiler bakımından tanıklıktan çekinme mümkün olmalıydı fakat lehine olan bilgiler bakımından bu takdir yetkisi sınırlandırılmalıydı.

Aynı görüş kanunda mutlaka açık bir şekilde tanıklıktan çekinme veya hak kavramlarına yer verilmesinin tanıklıktan çekinmenin hak olarak kabul edilebilmesi

³²⁴Yenisay ve Nuhoglu, ss. 513-514

³²⁵ Yüce, ss. 52-54, Özbek ve diğerleri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 615, Önder, Şahitlikten Çekinme, s. 897, Karasu, s. 94.

Yenisay ve Nuhoglu, ss. 513-514., Nevzat Toroslu ve Metin Fevzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınları, Ankara, 2008, s. 183.

³²⁶ İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 15. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 351.

³²⁷ Ünver ve Hakeri, ss. 517-519.

için şart olmadığını ifade etmektedir. CMK m. 45 ve 46 maddelerinde açıkça “tanıklıktan çekinebilme” ifadesinin bile başlı başına bunun bir hak olduğunu ispatlamaya yeterli olduğunu belirtmektedirler. Yine buna dayanak olarak CMK m. 43/4, m. 48, 149/1 örnek gösterilerek hükümlerde “hak” kavramına yer verilmediği halde tanıklıktan çekinmenin bir hak olarak kabul edildiği görülmektedir. Kanun koyucu tanıklıktan çekinmeyi bir yükümlülük olarak düzenlemek isteseydi bunu TCK’daki özel hükümlerde veyahut CMK’da tanıklık ile ilgili hükümlerde ayrıca düzenlerdi.

Yine paralel bir görüşe göre “çekinebilir” ifadesinin zorunluluk olmadığına bu sebeple CMK. m 46’nın bir yükümlülük olarak kabulü halinde CMK m. 45’in de zorunluluk olduğunu kabul etmek gerekecektir. Fakat CMK m. 45 açık bir şekilde bir hak olarak düzenlendiğinden tanıklıktan çekinmenin bir yükümlülük olduğu görüşünün isabetsiz olduğu belirtilmektedir³²⁸.

Tanıklıktan çekinmenin bir yükümlülük olduğunu kabul eden görüşler avukatlar ve stajyerleri bakımından sır sahibinin rızası olsa dahi tanıklıktan çekinme konusunda tanınan takdir yetkisinin sağlık mesleği mensupları bakımından da hastanın lehine bulunan hallerde tanınmasını gerektiğini ifade etmektedir³²⁹.

Hatta bir görüşe göre³³⁰; sırra vakıf olan kimsenin sırrın açıklanması halinde adaletin sağlanması bakımından doğacak yarar ile sır sahibinin zararı arasında bir denge tesis edilerek takdir yetkisinin bulunduğu kabulü gerekir. Adaletin sağlanması bakımından önemsenemeyecek bir fayda için sır sahibinin ağır bir zarara uğratılmasının kabul edilemez olduğunu bu sebeple sırra vakıf olan kimsenin takdir ederek gerekirse kendi meslek örgütünden kimselere danışarak karar alabileceğini ifade etmektedir.

İfade edilen bu görüşlerden sonra sır sahibinin izninin nasıl alınması gerektiği önem arz etmektedir. Sır sahibinden izni sağlık mesleği mensubunun değil yargı organının alması gerekmektedir. Fakat tanık isterse kendi de sır sahibinden izni alabilecektir³³¹. Sır bakımından birden fazla ilgili kişi varsa her birinin sırrın

³²⁸ Özen, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, s. 334, Turhan, s. 170.

³²⁹ Sert, Mahremiyet Hakkı, s. 162.

³³⁰ Yüce, ss. 53-54.

³³¹ Fevzioğlu, Tanıklık, s. 164.

açıklanması hususunda ayrı ayrı rızalarının alınması gerekmektedir. Örneğin; bir sözleşme ilişkisinin mevcut olduğu hallerde sözleşme taraflarının hepsinin ayrı ayrı rızasının alınması gerekmektedir³³².

Sır sahibinden rıza alınırken, kendisine yazılı bir şekilde tanıklık yapılacak olay hakkında kısaca bilgi verilmeli ve kendisi aydınlatılmalıdır³³³. Meslek sahibi bakımından sır saklama yükümlülüğü mesleği bırakması, ara vermesi veyahut sır sahibinin ölmesi hallerinde dahi sona ermeyecek, sorumluluğu devam edecektir³³⁴. Özellikle hekimler bakımından tabipler odasına kayıt yükümlülüğünün bulunması ve eğer kaydı yok ise sorumluluğunun olmayacağı gibi bir yanılgıya düşmemek gerekir. Çünkü tabipler odasına kayıt zorunluluğu serbest çalışan hekimler bakımından bulunup kamu kurum ve kuruluşlarında veya kamu iktisadi teşekküllerinde çalışan hekimlerin kayıt zorunluluğu olmamasına rağmen mesleği icra etmektedirler. Bu sebeple tanıklıktan çekinme bakımından tabipler odası kaydı kıstas alınmayacaktır³³⁵.

Burada tartışmalı olan bir diğer husus sır sahibinin ölmesi halinde sırrın açıklanması için rızanın aranıp aranmayacağına ilişkindir. Doktrinde bir görüş³³⁶; sırrın başka bir kimseyi etkilemediği veyahut ilgilendirmediği, sırrın el değiştirmedeği, kanundan kaynaklanan başkaca bir halin söz konusu olmadığı durumlarda artık iznin aranmayacağını ifade etmektedir. Bir başka görüş ise³³⁷; sırrın açıklanmasına ilişkin izni yalnızca sır sahibinin verebileceğini bunun kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olması sebebiyle murislere veya üçüncü bir kişiye intikal edemeyeceğini ifade etmektedir. Bu sebeple sır sahibinin ölümünden sonra sırrın açıklanması sır saklama yükümlülüğüne aykırılık teşkil edecektir.

Sır sahibi vereceği izni belirli şartlara bağlı tutabilir. Bazı olay veya olguları rıza kapsamından çıkarabilir eğer mümkün ise parçalı rıza verebilir. Sır sahibinin sırdan haberdar olmadığı bir halde dahi açık ya da zımnen sırrın gizli kalması hususunda bir irade ortaya konmuş ise yükümlülük devam edecektir. Örneğin; kanser

³³² Yüce, s. 60.

³³³ Fevzioğlu, Tanıklık, s. 164.

³³⁴ Fevzioğlu, Tanıklık, ss. 161-162., Yüce, s. 59, Önder, Şahitlikten Çekinme, s. 899,

³³⁵ Köksal Bayraktar, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul Üniversitesi Yayınları, Sermet Matbaası, İstanbul, 1972, s. 12.

³³⁶ Fevzioğlu, Tanıklık, s. 164.

³³⁷ Önder, Şahitlikten Çekinme, s. 927, Yüce, s. 59.

hastası bir kimsenin iyileşme sürecini olumsuz etkilememesi adına hastalığının kendisinden gizlendiği hallerde de sır saklama yükümlülüğü devam etmektedir³³⁸. Kanaatimizce bu gibi hallerde zaten hedeflenen temel amaç hastanın yararı ve tedavi sürecinin sağlıklı bir şekilde ilerlemesi olduğu için hastanın ayrıca gizleme iradesini aramamak gerekecektir.

Yine sır sahibi tarafından verilen iznin geri alınıp alınamayacağı tartışmalı bir husustur. Doktrinde bizim de katıldığımız bir görüşe göre³³⁹; izin sır sahibi tarafından her zaman herhangi bir şekil şartına gerek olmaksızın geri alınabilecektir. Sır sahibinin rıza gösterdiği hallerde artık sağlık mesleği mensubu onun rızasına aykırı olarak tanıklıktan çekinemeyecektir. Çünkü sır sahibi bakımından artık korunması gereken bir yarar mevcut değildir. Burada 765 sayılı kanunda sır kavramı yerine 5237 sayılı kanunda bilgi kavramına yer verilmesinin etkisi görülmektedir. Fakat burada bilgi kavramından anlamamız gereken şey sır sahibini yani bilginin ilgili olduğu kimseyi ilgilendiren hususlardır. Bunun dışında kalan bilgiler bakımından artık sağlık mesleği mensubu tanıklıktan çekinemeyecektir³⁴⁰. Doktrinde aksi bir görüşe göre ise³⁴¹; sır sahibinin rızasına rağmen sağlık mesleği mensubu meslek veya sanatın icrası nedeniyle açıklanamayacak hususlar var ise yine de tanıklıktan çekinebilecektir.

Bir diğer husus CMK m. 49 da³⁴² tanıklıktan çekinme bakımından sebebin bildirilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Kural olarak sağlık mesleği mensuplarının çekinme sebeplerini bildirmelerine gerek yoktur. Fakat mahkeme başkanının veya hakim veya Cumhuriyet Savcısının gerekli görmesi halinde tanıklıktan çekinme sebebi ve buna ilişkin bütün deliller bildirilir.

Gerekçe bildirilirken ve değerlendirilirken bilginin ifşası boyutuna varmamalı ve görünüşteki sebeplerle yetinilmelidir aksi bir bakış açısı hükmün getiriliş amacına aykırılık teşkil edecektir. Yine gerekli ise hakim ya da mahkeme gerekçenin

³³⁸ Önder, Şahitlikten Çekinme, s. 899.

³³⁹ Önder, Şahitlikten Çekinme, s. 927, Yüce, s. 60. Aksi yönde görüş için bkz: Fevzioğlu, Tanıklık, s. 164.

³⁴⁰ Özbek ve diğerleri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 615., Belgesay, s. 152, Yüce, ss. 59- 60, Fevzioğlu, Tanıklık, s. 165. Ahmet Taşkın, Organ ve Doku Nakillerinde Hekimin Cezai Sorumluluğu, Adil Yayınevi, Ankara, 1997, s. 113., Önder, s. 898.

³⁴¹ Önder, Şahitlikten Çekinme, s. 927.

³⁴² “Madde 49 – (1) Mahkeme başkanı veya hâkim veya Cumhuriyet savcısı tarafından gerekli görüldüğünde 45, 46 ve 48 inci maddelerde gösterilen hâllerde tanık, tanıklıktan çekinmesinin dayanağını oluşturan olguları bildirir ve bu hususta gerektiğinde kendisine yemin verdirilir.”

inandırıcılığını ve doğruluğunu teyid etmek adına yemin verdirebilir³⁴³. Elbette bu şekildeki yaklaşım, uygulamada büyük çoğunlukla tanıklıktan çekinmenin mümkün olduğuna kanaat sağlayacaktır. Fakat buradaki temel amaç tanıklıktan çekinmenin kötüniyetle kullanılmasının ve bu şekilde kanun yollarının dolanılmasının önüne geçmektedir³⁴⁴.

Burada yemin tanıklıktan çekinme sebebine ilişkin doğruların söylenmesi hususundadır. Mahkeme ya da Cumhuriyet savcısı gerekçenin uygunluğuna ikna olduktan sonra sır sahibinin de rızasını dikkate alarak sağlık mesleği mensubunu tanık olarak dinleyecektir. Doktrinde bir görüşe göre; sır sahibinin rıza göstermediği ve mahkemenin de tanıklıktan çekinme gerekçesi bakımından tereddüte düşmesi hallerinde eğer Cumhuriyet Savcısı tanık olarak dinleyecekse Sulh Ceza Hakiminden, Hakim veya mahkeme dinleyecekse kendileri talep üzerine veya re'sen gerekçeyi değerlendireceklerdir. Bu değerlendirme neticesinde tanıklıktan çekinmeyi gerektiren bir halin olduğuna kanaat getirilir ve sır sahibinin de rızası yok ise artık sağlık mesleği mensubu tanık olarak dinlenmek istese dahi bu husus dikkate alınmayacaktır. Aksi halde sağlık mesleği mensubu bakımından TCK m. 134 kapsamında cezai sorumluluk doğacak ve bu halde sağlık mesleği mensubu dinlenerek onun beyanı esas alınarak hüküm tesis edilirse bozma sebebi olarak kabul edilmelidir. Hakim ya da mahkemenin bu koşullara rağmen sağlık mesleği mensubunu tanıklığa zorlar ise CMK m. 206/a bakımından hukuka aykırı delil olarak kabul edilecektir. ³⁴⁵.

Yine hakim veya mahkeme gerekçeyi değerlendirmesi neticesinde tanıklıktan çekinme halinin söz konusu olmadığına kanaat getirdiği takdirde artık sağlık mesleği mensubu tanıklıktan çekinmeyecek ve bu hal sır saklama yükümlülüğüne aykırılık teşkil etmeyecektir.

Burada bir diğer tartışmalı olan husus CMK m. 51'de tanıklıktan çekinebileceğinin tanığa önceden bildirilmesinin gerekip gerekmediği noktasındadır.

³⁴³ Önder, Şahitlikten Çekinme, s. 929.,

³⁴⁴ Fevzioğlu, Tanıklık, ss. 174-175.

³⁴⁵ Donay, s. 160-161, Fevzioğlu, s. 174, Karasu, s. 103. Aksi yöndeki görüşe göre ise; hakim ya da mahkeme sağlık mesleği mensubuna tanıklıktan çekinebileceğini hatırlatmasına rağmen tanıklık yapmak hususunda ısrarcı olursa artık bu bir temyiz sebebi olarak kabul edilmemelidir. Önder, ss. 919-920.

Doktrinde bir görüş³⁴⁶; kanunun 51. maddesindeki bildirim yükümlülüğünün hükümde belirtildiği üzere CMK m. 45'te sayılan tanıklıktan çekinme halleri bakımından geçerli olduğunu burada sınırlayıcı bir sayım bulunduğundan CMK m. 45/3'ün kıyas yoluyla uygulanamayacağı ifade etmektedir. Aslında kanun koyucunun bilinçli bir tercih ile sağlık mesleği mensuplarının tanıklıktan çekinme hususunda bilgilerinin olduğunu varsayarak düzenleme yapmadığını ifade etmektedirler.

Aksi yöndeki görüş ise³⁴⁷; Hukuk devletinde sanık veya şüpheliye karşı yargılama sürecinde ne olup bittiğini anlaması ve kendine uygun taleplerde bulunabilmesi için yardım ve özen yükümlülüğü bulunduğundan mutlaka tanıklıktan çekinebileceği hususunda önceden bilgilendirilmesi gerektiği, aksi halde bu hakkı hatırlatılmaksızın dinlenmesi halinde beyanlarının hükme esas alınamayacağı belirtilmektedir. Kanunda ayrıca "*bildirilmelidir*" gibi bir ibarenin bulunmaması bu yükümlülüğü ortadan kaldırmayacaktır.

Burada temel olarak üzerinde durulması gereken hususlardan biri sağlık mesleği mensubunun tanıklıktan çekinebilmesi meslekleri dolayısıyla hastaları veya yakınları hakkında bir bilgi öğrenmeleri gerekmektedir. Meslek dolayısıyla olmayan, tesadüfen öğrenilen bilgiler nedeniyle sağlık mesleği mensubu tanıklıktan

³⁴⁶ Donay, Meslek Sırrı, ss. 160-161, Özbek ve diğerleri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 621, Öztürk ve diğerleri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 305, Erdener Yurtcan, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, Güncelleştirilmiş 9. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 217.

³⁴⁷ Yüce, s. 59, Şahin ve Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku II, s. 49, Ünver ve Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, ss.511-512, Yenisey ve Nuhoğlu, s. 516.,

Yrg. 7. Cd., 27.05.2015 Tarih ve 2015/4477 Esas, 2015/15939 K. Sayılı kararında; "Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2013/10-283 esas 2013/599 karar ve 10.12.2013 tarihli kararında belirtildiği üzere " ... İfade alma ve sorgunun 5271 sayılı CMK'nın 148. maddesinde sayılan şekillerde yapılması, tanıklıktan çekinme hakkı olan kişiye bu hakkının hatırlatılmaması delil elde etme yasaklarına örnek olarak gösterilebilir." Bu şekilde belirtilen yasak delil niteliğinde olan kanıtların hükme esas alınamayacağı da ifade edilmiştir, duruşmada tanık olarak dinlenen ...'ya CMK 48 ve 49 maddelerinde belirtilen nedenlerle tanıklıktan çekinme hakkı bulunduğunun hatırlatılmaması ve yine adı geçen tanığın CMK 50. maddesi hükmüne aykırı olarak yeminli olarak dinlenilmesi"ni bozma sebebi olarak kabul etmiştir., <https://www.hukukmedeniyeti.org/ictihat/665991/yargitay-7-ceza-dairesi-e-2015-4477-k-2015-15939/>, (07.04.2020),

"Sağlık ocağında doktor olan sanığın Sandıklı Sulh Ceza Mahkemesinde CMK'nın 48. maddesinin emredici hükmüne aykırı olarak çekinme hakkı hatırlatılmadan alınan ifadesinin CMK'nın 206/2-a maddesi kapsamında kalan yasak delil niteliğinde bulunması ve sanığın bu beyanını savunması sırasında devam ettirmek durumunda kalması, bunun dışında dosyada sanığın mahkumiyetine yeterli delil olmaması da dikkate alındığında sonuç olarak verilen beraat kararında bir isabetsizlik bulunmadığından...", Yrg. 16. Cd. 23.10.2015 Tarih ve 2015/655 E. , 2015/3332 K., <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (07.04.2020).

çekinemeyecektir. Bu nedenle doktrinde buradaki tanıklıktan çekinmenin mutlak değil nispi nitelikte olduğu ifade edilmektedir³⁴⁸.

Sağlık mesleği mensuplarının meslekleri dolayısıyla edindikleri bilgiyi (meslek sırrını) tanıklıktan çekinemeyecek bir kimse ile paylaşımları halinde artık bilgiye vakıf olan kimsenin tanık olarak dinlenmesi mümkün olacaktır³⁴⁹. Fakat burada dikkat edilmesi gereken husus hastanın tedavisi için gerekli olup bir başka hekime dosyasının devredilmesi sebebiyle bilgilerinin paylaşılması halinde halen sır saklama yükümlülüğü devam ettiğiğidir. Devralan hekimin dosyaya ilişkin bilgileri saklama yükümlülüğü bulunup; bu bilgileri açıklayabilmesi için yine hastanın rızası gerekecektir³⁵⁰. Ayrıca belirtmek gerekir ki CMK m. 75 ve 76 gereğince beden muayenesi yapan hekim bakımından kanunda açık hüküm bulunmadığından tanıklıktan çekinmesi mümkün değildir³⁵¹. Sağlık mesleği mensubunun süreç içerisinde akıl hastalığına yakalanması halinde artık CMK madde 45/2 uygulanacaktır³⁵².

Son tartışmalı husus Türkiye’de mesleği icra etmeyip yabancı bir ülkede mesleğin icra edildiği esnada vakıf olunan bilgiler bakımından tanıklıktan çekinme imkanındır. Burada dikkat edilmesi gereken; mesleğin icra edildiği yabancı ülke mevzuatına göre meslek hukuka uygun bir şekilde mi kazanıldığı ve vakıf olunan bilgi mesleki faaliyetten mi kaynaklandığıdır. Yabancı ülke mevzuatında bilginin sır olarak korunup korunmaması önem arz etmemektedir³⁵³.

7. Bilirkişilik

Tanıklık ile ilgili yapılan bu açıklamalar doğrultusunda sağlık mesleği mensupları bakımından bilirkişilik ve sır saklama yükümlülüğü arasındaki ilişkiye değinmek gerekir. Başta hekimler olmak üzere sağlık mesleği mensupları mesleki

³⁴⁸ Fevzioğlu, Tanıklık, ss. 157-158 , Belgesay, s. 154, Sert, Hasta Hakları, s. 264, Özbek ve diğerleri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 615, Ünver ve Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.514 vd.; Bir başka görüşe göre ise; mutlak- nispi tanıklıktan çekinme ayrımını konuya göre değil mercii iznine tabi olup olmamaya göre yapmak gerekmektedir. Önder, Şahitlikten Çekinme, s.898.

³⁴⁹ H. Langmack, s. 455-456, Öztürk ve diğerleri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 306.

³⁵⁰ Karasu, s. 94.

³⁵¹ Öztürk ve diğerleri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 306, Özen, s. 334.

³⁵² “Yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı nedeniyle tanıklıktan çekinmenin önemini anlayabilecek durumda olmayanlar, kanunî temsilcilerinin rızalarıyla tanık olarak dinlenebilirler. Kanunî temsilci şüpheli veya sanık ise, bu kişilerin çekinmeleri konusunda karar veremez.”

³⁵³ Fevzioğlu, Tanıklık, s. 167.

bilgi ve tecrübeleri sebebiyle bilirkişilik görevini icra edebilirler. Bu görev neticesinde tespit ettikleri tüm neticeleri bir rapor halinde eksiksiz bir şekilde sunmak yükümlülüğü altındadırlar. Nitekim Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Beden Muayenesi (CMK M. 75), Moleküler ve Genetik İnceleme(CMK M. 78), Ölünün Adli Muayenesi(CMK M. 86), Otopsi(CMK M. 87) gibi hallerde bir tıp bilirkişisinden rapor alınması gerekmektedir.

Doktrinde³⁵⁴; mesleğinden kaynaklı uzmanlığın kendilerine kazandırdığı bilgileri aktaran kimseler için “*tanık bilirkişi*” kavramını kullanan bazı yazarlar vardır. Yazarlar kanunda böyle bir kavrama yer verilmemiş olup bilirkişilikten farklı olarak açıklamalarında kendi gözlemlerine de yer vermektedirler. Bu nedenle sıradan bir tanıklıktan da farklı bir nitelik taşımaktadır. Fakat burada elde edilen gözlemlerin göreviyle bağlantısına dikkat edilmesi gerektiğini eğer görevi ile bağlantılı değil ise artık burada tanıklıktan çekinilemeyeceği ifade edilmektedir.

Sağlık mesleği mensubunun bilirkişi olarak görevini icra etmesi bir bakıma sır saklama yükümlülüğünün istisnası niteliğinde olacaktır. Çünkü TCK m. 276³⁵⁵ gereğince bilirkişilik görevini yerine getirirken gerçeğe aykırı mütalaada bulunan kimse hakkında cezai yaptırım öngörülmüştür. Nitekim bu istisna göz önünde bulundurularak Hekimlik Meslek Etiği Kurallarının 9. maddesinin 4. fıkrasında “*Hekim, tanık ya da bilirkişi olarak mahkemeye çağrıldığında olayın meslek sırrı olduğunu ileri sürerek bu görevlerinden çekilebilir.*” şeklinde hekimin bilirkişi olması halinde tanıklıktan çekinme hali öngörülmüştür.

CMK m. 62 gereğince³⁵⁶ ise tanıklara ilişkin uygulanan hükümler kanunda bazı haller saklı kalmak kaydıyla bilirkişilere de uygulanacaktır. Fakat belirtmek gerekir ki CMK m. 65³⁵⁷ gereği kanunda sayılan bazı hallerde sağlık mesleği mensubu bilirkişilik görevini kabul etmek zorundadır.

³⁵⁴ Öztürk ve diğerleri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 299.

³⁵⁵ “Yargı mercileri veya suçtan dolayı kanunen soruşturma yapmak veya yemin altında tanık dinlemek yetkisine sahip bulunan kişi veya kurul tarafından görevlendirilen bilirkişinin gerçeğe aykırı mütalaada bulunması halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.”

³⁵⁶ “Madde 62 – (1) Tanıklara ilişkin hükümlerden aşağıdaki maddelere aykırı olmayanlar bilirkişiler hakkında da uygulanır.”

³⁵⁷ “Bilirkişiliği kabul yükümlülüğü Madde 65 – (1) Aşağıda belirtilen kişi veya kurumlar, bilirkişilik görevini kabul etmekle yükümlüdürler: a) Resmî bilirkişilikle görevlendirilmiş olanlar ve 64 üncü maddede belirtilen listelerde yer almış bulunanlar. b) İncelemenin yapılması için bilinmesi gerekli fen

Sağlık mesleği mensuplarının bilirkişi iken hasta ile olan ilişkilerinde hastanın her şeyi anlatmak ve doğruyu söylemek yükümlülüğünün olup olmadığı tartışmalı bir husustur. Doktrinde bazı yazarlara göre³⁵⁸; hasta- hekim arasındaki ilişkide kural olarak hastanın bildiği hususları doğru ve eksiksiz bir şekilde aktarması gerekirken bilirkişi hekim bu bilgileri aleyhine kullanabileceğinden bu yükümlülük altında değildir.

Bu konuda bir diğer tartışmalı husus, davada yargılama esnasında bilirkişilik yapan sağlık mesleği mensubunun tanıklıktan çekinme hakkına sahip olup olmadığına ilişkindir. Bir görüş³⁵⁹; sağlık mesleği mensubunun yargılama süresince görevi gereği öğrendiği şeyler bakımından genel ilkeler çerçevesinde tanıklıktan çekinme hakkına sahip olduğunu ifade etmektedir. Bir başka görüşe göre ise³⁶⁰; sağlık mesleği mensuplarına bilirkişi olarak başvurulması hali tanıklıktan çekinme kapsamında değerlendirilemez.

Bu görüşler doğrultusunda kanaatimizce; yargılama esnasında hekimin bilirkişi olarak görevlendirilmesi ve bu nedenle gerektiği takdirde bilirkişilik yaptığı konuya ilişkin duruşmada dinlenmesi ile CMK m. 46/1 kapsamında tanıklık yapmak farklı kurumlardır. Bu nedenle bilirkişi hekim yalnızca bilirkişilik yaptığı konu ile bağlı olup bunun dışında kalan hususlar bakımından CMK m. 46/1 anlamında tanıklıktan çekinebilmelidir. Aksi bir bakış açısı hasta mahremiyetine aykırı olup hekimin tanıklıktan çekinmesini gerektiren bir durumda zaten bilirkişi olarak çağırılması da mümkün olmayacaktır.

8. Yargı Makamlarıyla Bilgi ve Belge Paylaşımı

Ceza yargılamasında hastaya ilişkin kayıtlar soruşturma veya kovuşturma evresinde Cumhuriyet savcısı veya mahkeme tarafından talep edilebilecektir. CMK m. 161/4'te *“diğer kamu görevlileri de, yürütülmekte olan soruşturma kapsamında ihtiyaç duyulan bilgi ve belgeleri, talep eden Cumhuriyet savcısına vakit*

ve sanatları meslek edinenler. c) İncelemenin yapılması için gerekli mesleği yapmaya resmen yetkili olanlar.”

³⁵⁸ İpekyüz, s. 134, Atabek ve Sezen, s. 166.

³⁵⁹ Ünver ve Hakeri, s. 517, Fevzioglu, Tanıklık, s. 163.

³⁶⁰ Sert, Hasta Hakları, s. 264, Donay, s. 159, Yüce, s. 54, Önder, Şahitlikten Çekinme, s. 901, Öztürk ve diğerleri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 298., Büyükyay, s. 388.

geçirmeksizin temin etmekle yükümlüdür.” denmektedir. Yine aynı kanunun 332. maddesinde “Suçların soruşturma ve kovuşturması sırasında Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından yazılı olarak istenilen bilgilere on gün içinde cevap verilmesi zorunludur. Eğer bu süre içinde istenen bilgilerin verilmesi imkânsız ise, sebebi ve en geç hangi tarihte cevap verilebileceği aynı süre içinde bildirilir.” şeklinde benzer bir yükümlülük düzenlenmiş bu yükümlülüğe aykırı hareket edilmesi halinde TCK m. 257’ye aykırılıktan cezai sorumluluk doğacağı açık bir şekilde belirtilmiştir³⁶¹. Görüldüğü üzere bu yükümlülüklerin yerine getirilmesi halinde sağlık mesleği mensubu bakımından artık sır saklama yükümlülüğünün ihlalden söz edilemeyecek eylemi suç teşkil etmeyecektir.

9. Hakkın Kullanılması

TCK m. 26/1’de “Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez.” denerek hakkın kullanılması halinde eylemin hukuka uygun hale geleceği kabul edilmektedir.

Doktrinde kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar dışında üçüncü kişi vasıtasıyla örneğin; vekil olarak atanan üçüncü kişinin aracı olması halinin de hakkın kullanılması kapsamında olacağını savunan bir görüş vardır³⁶². Burada doğrudan doğruya kullanılanın sübjektif ve hukuk düzenince kabul edilmiş bir hak olması gerekmektedir³⁶³. Öncelikle sübjektif hak; “ *hukukten korunan ve bu korumadan yararlanmanın sahibinin iradesine bağlı olduğu hak*” olarak tanımlanmaktadır³⁶⁴. Bu hak kamu hukukundan ya da özel hukuktan kaynaklanabilir. Yine kanundan, tüzükten, yönetmelikten, genelgeden, idari bir işlemde, yargı kararlarından ya da örf ve adetten kaynaklanabilir. Görüldüğü üzere burada hak hukuk düzenince tanınmış ve korunmuş olduğundan artık bu hakkın kullanılması da hukuka aykırı olamayacaktır. Çünkü hukuk düzeni aynı zamanda bu hakkı yasaklayamayacaktır.

³⁶¹ “(2) Bilgi istenen yazıda yukarıdaki fıkra hükmü ile buna aykırı hareket etmenin Türk Ceza Kanununun 257 nci maddesine aykırılık oluşturabileceği yazılır. Bu durumda haklarında kamu davasının açılması, izin veya karar alınmasına bağlı bulunan kişiler hakkında, yasama dokunulmazlığı saklı kalmak üzere, doğrudan soruşturma yapılır.”

³⁶² Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Güncellenmiş 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 327 vd.

³⁶³ Doktrinde bu hükümde belirtilen hak kavramı ile yetki kavramının birbirine karıştırılmaması gerektiği bu kavramların birbirinden farklı olduğuna ilişkin görüş için bakınız: Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, TCK Değişikliklerine Göre Yenilenmiş 19. Bası, Seçkin Yayıncılık, Eylül 2019, Ankara, s. 288.

³⁶⁴ Nur Centel ve diğerleri, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 4. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2006, s.327.

Bir diğer koşul bu hakkın kullanılması ile suç arasında bir nedensellik bağlantısının bulunmasıdır. Doktrinde bu nedensellik bağı çerçevesinde hakkın kullanılması belirli bir yükümlülüğün de yerine getirilmesi şartına bağlı olabilir³⁶⁵. Fakat burada önemli olan bu hakkın kötüye kullanılmamasıdır. TMK m. 2 “*Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.*” denerek açık bir şekilde hakkın kötüye kullanılmasını yasaklamıştır. Burada kötüniyet aslında hakkın sınırları içerisinde hareket edilmesi gerekliliğini ifade etmektedir³⁶⁶.

Hakkın kullanılması hallerinden biri çalışmamızın konusunu oluşturan mesleğin veya sanatın icrasıdır³⁶⁷. Burada sağlık mesleği mensupları bakımından acil durum veya zorunlu hallerde sır saklama yükümlülüğünün ihlal edilmesi halleri değerlendirilmelidir. Öncelikle sağlık mesleği mensubunun hukuka uygun bir şekilde mesleği icra edebilme hakkına sahip olması gerekir³⁶⁸. Teşhis ve tedavi sürecinde yapılacak işlemler bakımından hastayı aydınlatmalı ve bunun neticesinde rızasını almalıdır. Son olarak hastanın sağlığına kavuşabilmesi adına gerçekleştirilecek eylemin gerekli veya zorunlu olması gerekmektedir³⁶⁹.

³⁶⁵ Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, ss.319-320.

³⁶⁶ Veli Özer Özbek ve diğerleri, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, ss.310-311, İzzet Özgenç ve İlhan Üzülmöz, Ceza Genel Hukuku, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, ss. 73-74, Hüsnü Aldemir, Ceza Hukuku Genel Hükümleri Rehberi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, ss. 362-363, Berrin Akbulut, Türk Ceza Hukuku Temel Bilgiler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 204, Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 285, Özgenç, Genel Hükümler, s. 323, Öztürk ve Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, ss.287-288, Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, ss. 349-350, Mustafa Özen, Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 476, Fatih Birtok, Tamamı Örnek Olaylarla Açıklanmış Ceza Hukuku (Genel Hükümler) Temel Bilgiler, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, ss. 280-282.

³⁶⁷ Mehmet Emin Artuk ve diğerleri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s. 441, Zeki, Hafizoğulları ve Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, USA Yayıncılık, Ankara, 2010, s. 253. Doktrinde hekimlik mesleğinin icrası Kanun hükmünü icra, hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası gibi farklı başlıklar altında incelenebilmektedir. Bunun sebebi hekimlik mesleğinin icrası aslında birçok hali içermektedir. Özen, Genel Hükümler, s. 478.

³⁶⁸ Erem, TCK Şerhi, s. 2582. Aksi görüşte olan Donay’a göre hukuka uygun bir şekilde mesleğin icrası gerekli değildir. Örneğin; hekim olmamasına rağmen kendini bu şekilde tanıtır evinin kapısına tabela aşan kimsenin başvuranın sırrını açıklaması halinde meslek sırrını açıklama suçu vücut bulacaktır. Fakat bunula birlikte yazar ilerleyen sayfalarda hekim kavramından ne anlamamız gerektiğini ifade ederken hukuka uygun bir şekilde mesleği icra eden tıp eğitimi almış kişi olarak tanımlamakta ve kendisiyle çelişmektedir. Bknz: Donay, Meslek Sırrı, ss. 82-83, s.159.

³⁶⁹ Aldemir, s. 362,

Bu açıklamalar doğrultusunda örneğin; Hasta Hakları Yönetmeliğin 19. maddesinde³⁷⁰ hastanın ruh halini olumsuz etkileyecek ve iyileşme sürecine zarar verecek hallerde hastalığın hastanın kendisinden gizlenebileceği ve hekimin takdiri ile ailesine açıklanabileceği belirtilmiştir. Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 14. maddesinin 2. ve 3. fıkrası da³⁷¹ yönetmeliğe benzer bir şekilde hekimin takdirine bağlı olarak aileye bildirim yükümlülüğü öngörülmüştür.

Yukarıda açıkladığımız hallerde artık sağlık mesleği mensubunun eylemleri hukuka uygun kabul edilecek ve sır saklama yükümlülüğünün ihlali kapsamında nitelendirilmeyecektir. Çünkü hastanın tedavisi öncelikli niteliktedir. Hastaya derhal tıbbi müdahalenin uygulanmaması halinde doğacak zarar ile sırrının rızası dışında açıklanması halinde doğacak zararın dikkate alınması gerekmektedir. Yaşam hakkı karşısında elbette hastanın mahremiyeti hakkı öncelikli olamaz³⁷². Bilakis bu gibi hallerde sağlık mesleği mensubunun sır saklama yükümlülüğü nedeniyle tedaviye yardımcı olmaması gerek Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'unun 70. maddesi³⁷³ nedeniyle mesleki anlamda sorumluluğa gerekse de cezai sorumluluğa sebep olacaktır³⁷⁴.

³⁷⁰ “Madde 19- Hastanın manevi yapısı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimalinin bulunması ve hastalığın seyrinin ve sonucunun vahim görülmesi hallerinde, teşhisin saklanması caizdir. Hastaya veya yakınlarına, hastanın sağlık durumu hakkında bilgi verilip verilmemesi, yukarıdaki fıkra da belirtilen şartlar çerçevesinde tabibinin takdirine bağlıdır. Tedavisi olmayan bir teşhis, ancak bir tabip tarafından ve tam bir ihtiyat içinde hastaya hissettirilebilir veya bildirilebilir. Hastanın aksi yönde bir talebinin bulunmaması veya açıklanacağı şahsın önceden belirlenmemesi halinde, böyle bir teşhis ailesine bildirilir.”

³⁷¹ “Tabip ve dış tabibi, hastasına ümit vererek teselli eder. Hastanın maneviyatı üzerine fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lâzımdır. Ancak, hastalığın, vahim görülen akibet ve seyrinin saklanması uygundur. Maş'um bir pronostik hastanın kendisine çok büyük bir ihtiyatla ihsas edilebilir. Hasta tarafından, böyle bir pronostiğin ailesine açıklanmaması istenilmemiş veya açıklanacağı şahs tâyin olunmamış ise, durum ailesine bildirilir.”

³⁷² Öztürk ve Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 293.

³⁷³ “Tabipler, dış tabipleri ve dışçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatını alırlar. Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatın tahriri olması lazımdır. (Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir.) Hilafında hareket edenlere ikiyüzelli Türk Lirası idarî para cezası verilir. Bu Kanunda yazılı olan idarî para cezaları mahallî mülkî amir tarafından verilir.”

³⁷⁴ Aldemir, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 396. Demirbaş, Ceza Genel, ss. 319-323, Özbek ve diğerleri, Genel Hükümler, s. 316, Özen, Genel Hükümler, s. 482.

B. HASTANIN RIZASI

Türk Ceza Kanunu'nun 26. maddesinin ikinci fıkrasında "*Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.*" demek suretiyle hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlenmiştir. Hükme göre hakkın kullanılmasının koşullarından ilki failin üzerinde doğrudan doğruya tasarruf edebileceği bir hakkın varlığıdır. Hakkın kullanılabilmesi için bir kurum ya da mercii izni gerekiyorsa veyahut bir başvuru gerekiyorsa artık burada rızadan söz edilemeyecektir.

Burada bir diğer üzerinde durulması gereken husus rıza göstermeye ehil olma durumudur. Kişinin mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkı ile ilgili tasarrufta bulunabilmesi için temyiz kudretinin yerinde olması gerekir. Kişi temyiz kudretine(ayırt etme gücüne) sahip değilse sırrın açıklanmasına gösterdiği rıza neticesinde uğrayacağı zararın bilincinde olamayacak, hukuki anlam ve sonuçlarını kavrayamayacaktır. Bu sebeple vereceği rızanın geçersiz olacağı kabul edilmelidir.

Ayırt etme gücü Türk Medeni Kanunu'nun 13. maddesinde "*Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu Kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir.*" şeklinde tanımlanmıştır. Söz konusu kimseler bakımından artık kanuni temsilcilerinin rıza göstermesi mümkün olabilecektir. Bu hal dışında kişinin mahremiyet hakkından vazgeçmesi kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu için yalnızca kendisinin rıza göstermesi gerekecektir.

Bu sebeple üçüncü bir kişinin, hısımlarından birinin, kanuni temsilcisinin sırrın açıklanması hususunda rıza göstermesi mümkün olmayacaktır. Fakat kişinin özel olarak yetkilendirdiği ve yetki içerisinde açıkça öngördüğü iradi temsilcisinin rıza göstermesi mümkün olabilecektir. Yine üçüncü bir kişiye ait sırrın öğrenilmesi halinde sırrı aktaran kimseden rıza alınması gerektiği ileri sürülmektedir. Örneğin; hastaya ait bilgilerinden ailesinden öğrenilmesi halinde artık ailesinden rıza alınması gerekmesi gibi³⁷⁵. Kanaatimizce bu görüş isabetsiz olup hastanın mahremiyet hakkını ihlal

³⁷⁵ Donay, ss. 141-143., Sert, Hasta Hakları, s. 266.

etmekte ve hukuki yükümlülüklerin dolanması anlamını taşımaktadır. Yine bazı yazarlara göre hastanın bir yakınıyla beraber muayene edilmesi halinde orada bulunan kimselerin hastalığı bilmesi bakımından rızasının bulunduğu varsayılır³⁷⁶.

Burada tartışmalı olan husus sır sahibinin ölmesinden sonra murislerinin sırrın açıklanması hususunda rıza gösterip gösteremeyeceğidir. Doktrinde sır sahibinin ölümünden sonra sırrın açıklanması hususunda yarar olup olmaması, hayattayken ki davranışlarının sırrın açıklanması yönünde olması veyahut bireyin ölümünden sonra kişisel bir yararı kalmaması, açıklanması başka bir suça vücut veriyorsa örneğin; TCK m. 130'da düzenlenen kişinin hatırasına hakaret gibi bir suçun oluşabileceği ifade edilerek farklı kıstaslar ileri sürülerek sırrın açıklanabileceği yönünde görüşler bulunmaktadır. Fakat aksi yönde sır sahibinin ölümünden sonra zarar görme ihtimali sona ermeyeceğinden murislerin rızasıyla açıklanamayacağı ifade edilmektedir³⁷⁷.

Rıza gösterme herhangi bir şekil şartına tabi olmayıp açık veya örtülü bir şekilde olabilir. Burada önemli olan TMK m. 23/2 *“Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz.”* hükmü dikkate alınarak bu sınırlar çerçevesinde rıza gösterilmesi gerekmektedir. Eğer rıza bu sınırı aşarak kişilik haklarını zedeleyecek nitelikte ise geçersiz kabul edilmesi gerekecektir³⁷⁸. Ayrıca sırrın açıklanması halinde rızanın çizdiği sınırlar çerçevesinde kalınmasına dikkat edilmesi gerekir.

Bir diğer önemli husus yukarıda açıkladığımız koşulların mevcut olması halinde rızanın mevcut olması halinde sırrın açıklanması artık suç teşkil etmeyecek ve eylemi hukuka uygun hale getirecektir. Doktrinde eskiden her ne kadar meslek sırrıyla aslında toplum yararının korunduğu ve bu sebeple rızanın eylemi hukuka uygun hale getirmeyeceği ifade edilmekte idiyse de artık hakim görüş burada rızanın hukuka uygunluk sebebi olduğu yönündedir³⁷⁹. Nitekim doktrinde bir görüşe göre³⁸⁰; Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısı'nın 10.

³⁷⁶ Öztürkler, s. 263, Hancı, s. 96.

³⁷⁷ Donay, ss. 143-144.

³⁷⁸ Zeytin, s. 81.

³⁷⁹ Donay, ss. 138-139, Sert, Hasta Hakları, s. 266, Erbaş, s. 45, Hancı, ss. 94-95, Aşcıoğlu, ss. 149-150, Langmack, ss. 458-459, Ayan, s. 98, Sütlaş, s. 225, Zeytin, s. 81, Hakeri, Tıp Hukuku, s. 708, Karasu, s. 108.

³⁸⁰ İpekyüz, s. 134.

maddesinin 4. fıkrası³⁸¹ hastanın yazılı rızasının hukuka uygunluk nedeni olduğunu bir kez daha göstermekte ve sır saklama yükümlülüğünün ihlali olarak nitelendirilemeyeceğini açık bir şekilde ortaya koymaktadır.

Son olarak doktrinde sır sahibinin rıza göstermesi halinde sağlık mesleği mensubunun sırrı açıklaması zorunluluğunun bulunup bulunmadığı hususu tartışmalıdır. Doktrinde hakim görüş sır sahibinin rızasının sırrın açıklanması yönünde bir hak doğurduğu bunun bir yükümlülük olmayıp sağlık mesleği mensubunun sırrı açıklamak zorunda olmadığı yönündedir. Bu görüşü savunan yazarlar; sağlık mesleği mensuplarının mesleğin doğası gereği hastaya zarar vermeme ilkesi çerçevesinde rıza gösterilmesi halinde dahi hastanın yararına hareket etmek yükümlülüğü altındadırlar. Bunun istisnası yukarıda detaylı bir şekilde açıkladığımız CMK m. 46/2’de düzenlenen tanıklıktan çekinme halinin istisnasıdır. Artık burada kanundan kaynaklanan bir zorunluluk olduğundan açıklanması gerekecektir. Fakat bu halde dahi hastanın rızası kapsamının dışına çıkılmayacak ve sadece gerekli bilgiler açıklanacaktır³⁸². Aksi yöndeki görüşe göre; CMK m. 46/2 bize rızanın varlığının bir zorunluluk hali olduğunu göstermekte bu sebeple sır sahibinin rızası bulunması halinde artık sırrın sübjektif unsuru olan “*bilinmemesini isteme*” unsuru ortadan kalkacağından bir sır kavramından da söz edilemeyecek ve açıklanması gerekecektir³⁸³.

Rıza kavramına ilişkin yapılan bu açıklamalar doğrultusunda mevzuattaki ilgili düzenlemelere değinmek gerekir.

Hasta Hakları Yönetmeliğinin 24. maddesinin 1. fıkrasında hastanın küçük olması halinde tıbbi müdahaleler için velisinin ya da vasisinin izin vermesi gerektiği

³⁸¹ “ Sağlık personeli ile hasta arasındaki mesleki ilişkiden doğan bilgiler gizlidir. Hastanın yazılı izni dışında, tıbbi hizmetlerin verilmesi sırasında öğrenilen sırlar ile hastanın kimliği, tıbbi amaçlı olsun veya olmasın toplantı ve yayınlarda açıklanamaz. Hasta ile ilgili tıbbi kayıtlar, test sonuçları, hatırlanan konuşmalar, olaylar ve tedavisi ile ilgili bütün bilgi ve belgeler hastanın yazılı izni olmadan açığa vurulamaz. Adli vakalar ve bildirim zorunlu hastalıkların yetkili makamlara bildirilmesi gizliliğin ihlali sayılmaz.”, <http://web.deu.edu.tr/radyolojiabd/malpraktis.html>, (17.03.2020).

³⁸² Bu görüşteki bir yazara göre; rızanın varlığı halinde sırrın açıklanmasının neticelerini Özel Hukuk-Kamu Hukuku ayrımı yaparak değerlendirmek gerekir. Ceza Hukuku anlamında hukuka uygunluk nedeni bulunduğu açıklaması halinde herhangi bir cezai yaptırım olmayacaktır. Fakat Özel hukuku bağlamında sözleşme ilişkisinin fesh edilmesi veya tazminat yükümlülüğü neticeler doğabilecektir. Donay, ss. 139-140, Sert, Hasta Hakları, s. 266, Sert, Mahremiyet Hakkı, ss. 167-168, Karasu, s. 109.

³⁸³ Hakeri, Tıp Hukuku, s. 1182.

ve bu izin konusunda bilgilendirmenin onlara da yapılacağı ifade edilmektedir. Doktrinde³⁸⁴; küçük kavramından ne anlaşılması gerektiğinin yönetmelikte açık bir şekilde belirtilmemesi eleştirilmektedir. Bu görüş 18 yaşından küçük fakat hukuki eylemlerin anlam ve sonuçlarını anlayabilecek küçüğün örneğin; 17 yaşında HIV+ tanısı konmuş bir hastanın rızası dışında ailesine hastalığının anlatılmasının deontolojik ve etik bir sorun olduğunu ifade etmektedir. Bu düzenlemeler de yine aynı görüş tarafından doktrinde eleştirilmekte; ailenin hastanın bakımını üstlenmesi hali (ki bu gibi hallerde doktrinde hastanın ailesine hastalığını açıklamak hususunda rızasının zaten var olduğu ileri sürülmektedir³⁸⁵), yaş küçüklüğü veya akıl hastalığı gibi sınırlı hallerde böyle bir hükmün getirilmesi gerektiği, hastanın yaşamını yönlendirme ve geleceğini tayin etmek haklarının elinden alınmaması gerektiğini ifade etmektedir.

Çalışmamız için önem arz eden rıza kavramı ile ilgili bir diğer husus hastanın aydınlatılmış onamının alınmadığı bazı hallerde bilgilerinin açıklanması veya paylaşılması halleridir. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24. maddesinde *“Hastanın rızasının alınmadığı hayati tehlikesinin bulunduğu ve bilincinin kapalı olduğu acil durumlar ile hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak durumun varlığı halinde, hastaya tıbbi müdahalede bulunmak rızaya bağlı değildir. Bu durumda hastaya gerekli tıbbi müdahale yapılarak durum kayıt altına alınır. Ancak bu durumda, mümkünse hastanın orada bulunan yakını veya kanuni temsilcisi; mümkün olmadığı takdirde de tıbbi müdahale sonrasında hastanın yakını veya kanuni temsilcisi bilgilendirilir. Ancak hastanın bilinci açıldıktan sonraki tıbbi müdahaleler için hastanın yeterliği ve ifade edebilme gücüne bağlı olarak rıza işlemlerine başvurulur.”* demek suretiyle aslında varsayılan (mefruz) rıza kavramından bahsedilmektedir. Çünkü aydınlatma yükümlülüğü neticesinde rıza alınması mutlak bir yükümlülük değildir. Varsayılan rıza *“eğer hasta rıza göstermeye elverişli bir durumda olsaydı bu yönde rıza gösterirdi”* denebilmesi halidir³⁸⁶.

³⁸⁴ Sert, Mahremiyet Hakkı, ss. 133-136.

³⁸⁵ Belgesay, s. 151, Atabek, s. 92., Günday, s. 183.

³⁸⁶ Doktrinde varsayılan rızanın temelde üç halde geçerli olabileceği ifade edilmektedir. Hastanın veli ya da vasisinin olmaması, kamu düzeninin gerekli kılması, intihar girişiminde bulunan fakat gerçekleştiremeyen kimselere yapılacak müdahale halleri gösterilmektedir. Yazar özellikle inithar teşebbüsü vakalarında varsayımsal rızanın her zaman bulunduğunu ifade etmektedir. Özen, Genel Hükümler, s. 481.

Nitekim Avrupa Konseyi Biyotıp Sözleşmesi'nin 9. maddesi³⁸⁷ ve Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24. maddesi³⁸⁸ aslında varsayılan rızaya yer vermiştir. Örneğin; hastanın trafik kazası sebebiyle acil servise gelmesi, intihar girişiminde bulunup bilincinin kapalı olması hallerinde Acil tıp teknisyenlerinin muayeneye yetkili hekim ile bilgilerini paylaşması, bilincinin kapalı olması halinde hısımlarıyla hastalığına ilişkin bilgileri paylaşması gibi haller örnek gösterilebilecektir. Ya da hastanın bilincinin kapalı, acil bir durumun olduğu, hastanın reşit olmadığı ve kanunu temsilcisine ulaşılamaması gibi hallerde teşhis ve tedavinin gidişatı için bir başka uzman hekime danışılması için hasta dosyasındaki bilgilerin paylaşılması halleri örnek gösterilebilecektir.

Yine Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanunu'nun 14. maddesinin 4. ve 5. fıkralarında³⁸⁹; kaza ve doğal afetler sonucunda vücudun uğradığı ağır hasar sebebiyle ölmüş ve kanunda sayılan kimselere ulaşılamaması halindeki kimselerin veya yataklı tedavi kurumlarında ölen veya bunların morglarına getirilen ve sahip çıkılmayan kimselerin bedenleri üzerinde yapılacak işlemler için artık rıza aranmayacaktır.

C. MEŞRU MÜDAFAA

Türk Ceza Kanunu'nun 25. maddesinin 1. fıkrasında “Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.”

³⁸⁷ “Müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek bir durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbî müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekler göz önüne alınacaktır.”

³⁸⁸ “Tıbbî müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbî müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekleri göz önüne alınır.”

³⁸⁹ “Kaza veya doğal afetler sonucu vücudunun uğradığı ağır harabiyet nedeniyle yaşamı sona ermiş olan bir kişinin yanında yukarıda sayılan kimseleri yoksa, sağlam doku ve organları, tıbbî ölüm halinin alınacak organlara bağlı olmadığı 11 inci maddede belirlenen hekimler kurulunun raporuyla belgelenmek kaydıyla, yaşamı organ ve doku nakline bağlı olan kişilere ve naklinde ivedilik ve tıbbî zorunluluk bulunan durumlarda vasiyet ve rıza aranmaksızın organ ve doku nakli yapılabilir. Bu hallerde, adli otopsi, bu işlemler tamamlandıktan sonra yapılır ve hekimler kurulunun raporu adli muayene ve otopsi tutanağına geçirilir ve evrakına eklenir. Ayrıca vücudunu ölümden sonra inceleme ve araştırma faaliyetlerinde faydalanılmak üzere vasiyet edenlerle yataklı tedavi kurumlarında ölen veya bunların morglarına getirilen ve kimsenin sahip çıkmadığı ölü muayenesi veya otopsi işlemi tamamlanmış cesetler aksine bir vasiyet olmadığı takdirde 6 aya kadar muhafaza edilmek ve bilimsel araştırma için kullanılmak üzere ilgili yüksek öğretim kurumlarına verilebilirler.”

şeklinde meşru müdafaa tanımlanmış ve meşru müdafaa kapsamında işlenen fiilin hukuka uygun kabul edilerek bundan ötürü faile ceza verilmeyeceği belirtilmiştir.

Sağlık mesleği mensupları bakımından sırrın açıklanmaması kendisine veya bir başkasının hakkına tecavüz niteliği taşıyacaksa artık sır saklama yükümlülüğünden söz edilemeyecektir. Burada meşru müdafaa kabul edilebilmesi için saldırının sağlık mesleği mensubunun şahsına yönelik olması gerekir³⁹⁰. Yani hekimin hastaya ilişkin sırrı açıklaması meşru müdafaa kapsamında ise hukuka uygunluk nedeni sayılacak ve suç oluşmayacaktır.

Meşru müdafaa kapsamında örnek olarak Tarasoff v. Regents of University of California davası gösterilebilir. Amerika Birleşik Devletlerinde yaşanan olay, klinik bir psikoloğa karşı hastasının öldürdüğü kadının ailesi tarafından açılan bir dava hakkındadır. Failin psikolog ile yaptığı görüşmelerde kız arkadaşını öldürmek istediğini ifade etmesine rağmen psikolog kadına veya ailesine uyarı amaçlı haber vermemiş yalnızca California Üniversitesi Kampüsü polislerine haber vermiştir. Bu haberdan sonra kampüste fail yakalanmış fakat sonradan serbest bırakılmıştır. Bunun üzerinden iki hafta geçmiş ve fail kadını öldürmüştür. Kaliforniya Yüksek Mahkemesi üçüncü kişinin güvenliğini sağlayabilmek adına hastanın gizliliğinin ihlal edilebileceğine karar vermiştir. Fakat kişisel sebepler nedeniyle sadece kampüsün güvenlik birimlerine bildirim yapılmasını yeterli bulmamıştır. Bu şekilde bir durumda tehlike altındaki üçüncü kişinin veya olası tehlikenin etkin bir şekilde önlenmesi için genel kolluk güçlerine suç ihbarının yapılması gerektiğini ifade etmiştir. Hatta eğer tehlikenin pek yakın bir zamanda gerçekleşme ihtimali var ise sürecin daha iyi bir şekilde idare edilebilmesi için doğrudan doğruya polise haber verilmesinin en makul seçim olacağı ifade edilmiştir³⁹¹.

³⁹⁰ Donay, s. 130.

³⁹¹ Andrew, McRae, "Reporting Patients- Harm to Others (Public Safety)" Section III, 2013, <http://www.royalcollege.ca/rcsite/documents/bioethics/reporting-patients-harm-others-public-safety-e.pdf>, (16.03.2020).

Erbaş, bu davayı zorunluluk hali başlığı altında değerlendirmiştir. Kanaatimizce bu husus isabetsizdir. Şöyle ki; meşru müdafaada fiil haksız saldırıyı yöneltene kimseye yönelik iken zorunluluk hali bakımından ise kusursuz üçüncü kişiye yöneltilmektedir. Davaya konu olayda saldırgan ihbar edilmiş ve mağdura yönelik bir saldırı planladığını ifade etmiştir. Bakınız: Erbaş, s. 44.

Nitekim doktrinde³⁹² psikoterapi esnasında hastanın üçüncü bir kişiye zarar verme eğiliminin olması bunu ileriye taşıyarak yaptığı planları paylaşması halinde psikiyatristin üçüncü kişiyi bilgilendirme yükümlülüğü bulunduğu ifade edilmektedir. Tehlike altındaki üçüncü kişinin haberdar edilmesi artık sır saklama yükümlülüğünün ihlali niteliğinde kabul edilemeyecektir. Fakat bu durum sır saklama yükümlülüğünü tamamen kaldırmış olmayıp psikiyatrist somut olayın özelliklerine olası zararın büyüklüğü, tehlikenin yakınlığı, beyanların somut hususlara dayanıp dayanmadığı gibi kriterleri göz önünde bulunduracaktır. Örneğin; hastanın hayali kişilere karşı tehdit ve zarar verme planlarından bahsetmesi halinde artık psikiyatristin bildirim yükümlülüğü bulunmayacaktır.

D. ZORUNLULUK HALİ

Türk Ceza Kanunu'nun 25. maddesinin ikinci fıkrasında *“Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.”* demek suretiyle zorunluluk hali tanımlanmıştır.

Zorunluluk hali kapsamında uygulamada en çok karşılaşılan husus sağlık mesleği mensubu aleyhine açılan davalarda hastaya ait sır niteliğindeki bilgileri paylaşmak zorunda kalması halidir. Örneğin; malpraktis sebebiyle hekim aleyhine yürütülen bir yargılamada hekim özen yükümlülüğünü yerine getirerek mesleğin gereklerine uygun hareket ettiğini kanıtlamak, kendini savunmak adına hastalık ve tedavi ile ilgili detayları paylaşabilecektir³⁹³.

Yine sağlık mesleği mensubunun sahte rapor düzenlendiği iddiası karşısında kendisini savunmak adına hastaya ait bilgileri paylaşması³⁹⁴, sağlık mesleği mensubunun sürücünün motorlu taşıt kullanması bakımından sakıncalı veyahut ehliyet almamasını gerektirecek bir hastalığının (epilepsi, demans, uyku apnesi, aşırı derecede görme bozukluğu, uzuv kaybı gibi) olduğunu teşhis etmesi halinde hastayı

³⁹² Günday, ss. 187-188.

³⁹³ Atabek, s. 91., Günday, ss. 188-189.

³⁹⁴ Donay, s. 131, Öztürkler, s. 263, İpekyüz, s. 133, Aşçıoğlu, s. 152.

bilgilendirerek araç kullanmaması gerektiğini söylemesi ve buna uymadığı takdirde hastalığını açıklaması, yine silah kullanma ruhsatına sahip birinin ağır psikolojik rahatsızlığa sahip olması halinde ruhsatının iptal için bu hususun sağlık mesleği mensubunca bildirilmesi gibi durumlar da zorunluluk hali kapsamında değerlendirilecektir³⁹⁵.

Doktrinde sağlık mesleği mensubunun uyguladığı tedavi neticesinde hak kazandığı ücretin tamamının veya bir kısmının ödenmemesi halinde açacağı davada; hastaya ait sır niteliğindeki bilgileri paylaşp paylaşamayacağı hususu tartışmalıdır. Genel olarak görüşler hastaya ait sır niteliğindeki bilgilerin açıklanabileceği veya açıklanamayacağı yönünde ikiye ayrılmakta; bu görüşler de kendi aralarında getirdikleri kriterler bakımından ayrılmaktadır.

Birinci görüş bu tür davalarda sağlık mesleği mensubunun hastaya ait sır niteliğindeki bilgileri paylaşabileceğini savunmaktadır. Bu görüşe göre³⁹⁶; sağlık mesleği mensubunun kendini savunabilmesi adına daha üstün bir yararı bulunup açıklaması gereklidir. Burada temel husus açıklanacak bilgilerin savunma için gerekli ve orantılı olmasıdır. Uyuşmazlığın özel hukuk veya kamu hukukundan kaynaklanması önem arz etmemektedir. Fakat sağlık mesleği mensubu herhangi bir yargılamada bu bilgileri aktaramayacak kendini savunmasını gerektirecek bir yargılamada hastanın anonimliğini koruyacak şekilde gerekli dikkat ve özeni göstermek maksadıyla açıklayabilecektir³⁹⁷.

Bu görüşü savunan bir başka yazar ise³⁹⁸; aralarında bir sözleşme ilişkisi ya da senet ilişkisi var ise ücreti ödemeyen hasta bilgilerinin açıklanması hususunda artık rıza gösterdiği varsayılır. Aynı görüşte bir başka yazar³⁹⁹; hastalığın mahiyetine bakarak mahremiyeti gerektirecek bir hastalık değil ise (örneğin; grip gibi.) açıklanabileceğini artık bu durumda hastanın açıklanması yönünde rızasının varsayılması gerektiğini ifade etmektedir. Eğer hastalığın mahiyeti mahremiyeti

³⁹⁵ Sert, Mahremiyet Hakkı, s. 164., Büyükay, s. 390., Sevinç Arslan Hızal, “Türk Ceza Kanunun’daki Düzenlemeler Işığında Psikiyatristlerin İhbar Yükümlülüğü ve Hasta Mahremiyetinin Sınırları”, IV. Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2018, s. 598.

³⁹⁶ Doğan, s. 53., Büyükay, s. 390.

³⁹⁷ Zeytin, s. 81.

³⁹⁸ Belgesay, ss. 150-151.

³⁹⁹ Karasu, s. 108. Hastalığın mahiyetine göre mahrem nitelikte ise açıklanamayacağını değil ise açıklanabileceğini savunan bir başka görüş için bkz: Atabek, s. 91.

gerektiren örneğin; AIDS gibi bir hastalık ise açıklanamaz fakat yalnızca vizite sayısı yargılamada belirtilebilir.

Hiçbir surette hastalığın açıklanamayacağını savunan yazarlar ise çıkış noktaları bakımından ayrılmaktadırlar. Bir görüşe göre⁴⁰⁰; bu durum zorunluluk hali niteliğinde değildir. Zorunluluk hali olarak kabul edilebilmesi için tehlikenin şahsa yönelik olması gerekirken alacak davası şahsa yönelik değildir. Ayrıca ücretin tahsil edilememesi de şahsa yönelik ağır bir tecavüz olarak kabul edilemez. Kanunda sağlık mesleği mensubunun alacağı bakımından dava hakkının bulunması sırrı açıklayabileceği anlamına gelmez. Aksi bir bakış açısıyla zorunluluk halinin olduğu kabul edilirse birçok sağlık mesleği mensubu alacaklarını hızlı bir şekilde tahsil etmek amacıyla hemen dava açacak ve yargılama sürecinde hastanın sırlarını ifşa edecektir. Bu halde sırrın açıklanması bakımından manevi unsur yok denemez bilakis dava açılması sırrın açıklanması kastını ortaya koymaktadır. Burada sağlık mesleği mensubunun kendini savunması adına böyle bir fiil icra etmesi zorunluluk hali kapsamında değil ancak hakkın icrası olarak kabul edilebilecektir; ki bu halde bile sırrın dava konusu ile ilgili olması, sır ile meslek arasında nedensellik bağının bulunması ve dava esnasında kendini savunmak ve kanıtlamak için gerekli sınırlar içinde olması gerekir. Aksi halde eylem suç teşkil edecektir.

Hastaya ait sır niteliğindeki bilgilerin açıklanamayacağını savunan bir başka yazar ise⁴⁰¹; mahrem olan- olmayan hastalık ayrımının yapılmasının hastanın mahremiyet hakkına ve özel hayatın gizliliğine açık bir şekilde aykırı olduğunu ve bunun tespitinin hangi kriterlere göre yapılacağını belirsiz olduğunu ifade etmektedir. Bu şekilde bir yaklaşımın hasta ile olan güven ilişkisini zedeleyeceğini ifade etmektedir. Nitekim Vergi Usulü Kanunu'nun 148. maddesi gereği sağlık mesleği mensubu vergi mükellefiyetini yerine getirirken Maliye Bakanlığı'na veya vergi incelemesi yapmaya yetkili olan kimselere bilgi vermek yükümlülüğü altındadır. Fakat aynı kanunun 151. maddesinde kendisinde *“Hekimlerden, dış hekimlerinden, dişçilerden, ebelerden ve sağlık memurlarından hastaların hastalıklarının nevi'ine*

⁴⁰⁰ Donay, ss. 131-133.

⁴⁰¹ Sert, Mahremiyet Hakkı, ss. 166-167, Sert, Hasta Hakları, ss. 265-266. Paralel bir görüş yine operasyon ve komplikasyon bilgilerinin hiçbir şekilde açıklanamayacağını fakat yalnızca vizite sayısının gerektiği takdirde paylaşılabileceğini ifade etmektedir. Bakınız: Aşçıoğlu, s. 153.

mütaallik bilgiler istenemez.” şeklinde hasta mahremiyetinin bir kez daha üstün tutulduğu görülmektedir. Çünkü 151. madde kapsamında genel olarak kendisinden bilgi istenen gerçek ve tüzel kişiler, özel kanunlarda yazılı mahremiyet hükümlerini ileri sürerek, bilgi vermekten imtina edemezken böyle istisnai bir düzenleme getirilmiştir.

Zorunluluk hali kapsamında en temel tartışmalardan biri olan AIDS hastalarının üçüncü kişiler bakımından tehlike yaratması halinde tehlike altındaki kimselerin hastanın rızası aranmaksızın bilgilendirilmesi noktasındadır.

Zorunluluk hali kapsamında üçüncü kişinin bildirilmesinin gerçekten gerekli olduğu hallerde önce hastanın talep ve beklentilerine kulak verilerek kendisinin açıklamak hususunda katkı ve katılım göstermesini sağlamanın daha faydalı olacağı ifade edilmektedir⁴⁰². Buna rağmen hastanın bu bilginin paylaşılmasını istememesi halinde üçüncü kişinin yaşam hakkı özel hayatın gizliliğinden üstün olduğundan sağlık mesleği mensubu hastalığı bildirecektir⁴⁰³.

Nitekim Dünya Sağlık Örgütü ve UNAIDS tarafından 2000 yılında yayınlanan rehberde sağlık mesleği mensubunun aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmesine rağmen başvuran kişi partnerini bilgilendirmeyi reddediyorsa ve eğer bu durum partneri bakımından bir tehlike oluşturuyorsa sağlık mesleği mensubunun onam almadan partnerin bilgilendirilmesinde yetkili olduğu belirtilmiştir⁴⁰⁴.

⁴⁰² Sert, Hasta Hakları, ss. 260-261, Sert, Tıp Etiği ve Mahremiyet Hakkı, ss. 135-137.

⁴⁰³ Sütlaş, s. 92, Karasu, ss. 160-163, Görkey, s. 169, Zeytin, s. 81, Aydın, “Hekimin Sır Saklama ve İhbar Yükümlülüğü”, ss. 303-304., Pervin, Yıldız, Adli Bilimciler Derneği I. Ulusal Sağlık Hukuku Kongresi, Marmaris 01.04 Mayıs 2014, “ Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü” Seçkin Yayıncılık, Nisan 2015, Ankara, s. 205, Hakeri Tıp Hukuku, ss. 1121-1122., Karataş ve diğerleri, “HIV Pozitif Kişilerin Eşlerin Hastalığı Bildirme(me)nin Yasal ve Etik Açıdan Değerlendirilmesi”, ss. 218-221, Hızal, “Türk Ceza Kanunun’daki Düzenlemeler Işığında Psikiyatristlerin İhbar Yükümlülüğü ve Hasta Mahremiyetinin Sınırları”, s. 188.

⁴⁰⁴ “Sağlık personelinin bu kararı almadan önce aşağıdaki koşulların yerine getirildiğinden emin olması gerekmektedir: • HIV-pozitif kişiye (başvuran kaynak kişi) eşini bilgilendirme doğrultusunda yeterli biçimde danışmanlık verilmiş olmalı. • Danışmanlık sonucunda güvenli cinsel davranış dahil olmak üzere uygun davranış değişikliğinin sağlanmamış olması. • HIV-pozitif kişi eş(ler)ini bilgilendirmeyi reddetmiş ya da eş(ler)inin bilgilendirilmesine onam vermemiş olmalı. • Saptanabilen eş(ler) için gerçek bir bulaşma riski bulunmalı. • HIV-pozitif kişiye sağlık personeli tarafından yeterli süre tanınmış olmalı. • Eğer pratik olarak mümkünse HIV-pozitif kişinin kimliği eşinden gizlenmeli. • Her iki taraf için gerekli destek sağlanmalı ve şiddet ve aile sorunlarının ortaya çıkmasını önlemek için izleme sistemi oluşturulmuş olmalıdır.”, Bakınız: AIDS, İnsan Hakları ve Yasalar Türkiye’de AIDS Konusundaki Yasal Düzenlemeler ve Öneriler, Türkiye HIV/AIDS Önleme ve Destek Programı, s. 55-56

Bu tartışmalı husus bakımından AİHM'in tutumuna da kısaca değinmek gerekir. AİHM'in Finlandiya'ya karşı Z. Kararında; Hem Z hem de eşi X HIV taşıyıcısıdır. Z'nin eşi X'e karşı açılan cinsel saldırı eylemine ilişkin ceza davasında Z'nin doktorları tanık olarak dinlenmek istenmiştir. Çünkü yargılamada X'in HIV+ olduğunu bilerek cinsel saldırı eylemini gerçekleştirip gerçekleştirmediği tespit edilmek istenmiştir. Z'nin doktorlarının yargılamada tanık olarak dinlenmesi neticesinde Z'nin HIV+ taşıyıcısı olduğu öğrenilmiştir.

Finlandiya Ceza Yargılaması mevzuatında hastanın rızası bulunmaksızın hekim tanık olarak dinlenememekte en az 6 yıl hapis cezası öngörülen suçlar bakımından ise bir istisna düzenlenmiştir. Somut olayda Z'nin doktorları soruşturma evresinde kolluğa hasta mahremiyeti nedeniyle bilgi vermekten kaçınmış fakat kovuşturma evresinde mahkeme huzurunda tanık olarak dinlenmişlerdir. Burada temel tartışma AİHS m. 8 kapsamında özel ve aile hayatına saygı hakkının ihlal edilip edilmediğidir. AİHM; yerel mahkemenin tanıkların dinlenmesi esnasında ifadelerin gizliliği, özel ve aile hayatının gizliliği ve tıbbi verilerin kötüye kullanılmaması için gerekli ve etkin her türlü tedbiri aldığı için ve başka surette delil elde etme imkanı bulunmadığı için AİHS m. 8'in ihlal edilmediğine karar vermiştir⁴⁰⁵.

Bir başka AİHM kararı ise Türkiye'ye karşı Y. kararıdır⁴⁰⁶. Bu kararda; Y'nin bilincinin kapanması sebebiyle yakınları tarafından ambulans çağırılmış ve hastaneye kaldırılmıştır. Y'nin yakınları ambulans personelini başvuranın HIV taşıyıcısı olduğu konusunda bilgilendirmişlerdir. Başvuran hastaneye yatırıldıktan sonra ne Y. ne de yakınları bilgilendirilmeksizin ambulans görevlileri hastane personeline HIV taşıyıcısı olduğu bilgisini aktarmışlar ve ilk tanı formuna "*HIV+intihar*" teşhisi yazmışlardır.

Bunun üzerine başvuru Y. kişisel sağlık verilerinin korunmadığı ve rızası dışında bütün hastane personeline bilgileri aktarıldığı için AİHS m. 8'in ihlal edildiği

<https://pozitifyasam.org/wpcontent/uploads/Kitaplar/AIDS,%20%C4%B0nsan%20Haklar%C4%B1%20ve%20Yasalar.pdf>, (12.04.2020). ,

⁴⁰⁵ Handan Yokuş Sevik, "Tıp Ceza Hukukunda Kişisel Verilerin Açıklanması", V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, TBB Yayınları, Ankara, 2008, ss.807-808.

⁴⁰⁶ Y/Türkiye Kararı Başvuru No: 648/10.

gerekçesiyle olayı AİHM'e taşımıştır. AİHM kararında; hastane personelinin sağlığını tehlikeye atabileceğinden güvenliğin sağlanabilmesi adına bu şekilde bir bilgilendirmenin AİHS m. 8'e aykırı olmadığına karar vermiştir⁴⁰⁷.

Belirtmek gerekir ki bu halde dahi üçüncü kişi ile hastalık hakkında bilgi paylaşılırken bireyin damgalanmasının ve toplumdan dışlanmasının önüne geçebilmek adına gerçekten gerekli olup olmadığı sorgulanmalıdır. Bu konuda etik tartışma birey ile birey arasındaki hak çatışmasıdır. Çünkü HIV+ pozitif hastalarının partnerlerinin ya da ailelerinin bilgilendirilerek onların sağlığının korunması ile hastanın damgalanarak kişilik haklarının ihlal edilmesi arasında etik bir ikilem bulunmaktadır.

Bu sebeple hastanın yaşamı ve tedavisi için fayda sağlamayacak ise üçüncü kişilerin bilgilendirilmemesi gerektiği ve hastaya en az zarar verecek yolun izlenmesi gerektiği ifade edilmektedir. Her şeyden önce hastanın bilgilerini üçüncü kişi ile paylaşırken açıklandığında doğacak zarar ile açıklamasıyla beklenen yarar arasında bir dengenin gözetilmesi gerekmektedir. Kaldı ki sır saklama yükümlülüğü sır sahibine değil sırrı saklaması gerekene ait bir yükümlülüktür. Bu sebeple üçüncü kişilere sırrın açıklanması halinde onların sırrı saklama yükümlülüğü olmayacağından hastaya zarar verme riski devam etmektedir⁴⁰⁸. Çünkü hastanın yakını olmak tek başına sır niteliğindeki bilgilere ulaşması bakımından yeterli değildir⁴⁰⁹.

Kanaatimizce HIV+ bir hastanın partnerine hastalık hakkında bilgi verilmesi halinde zorunluluk hali kapsamında eylemin hukuka uygun kabul edilmesi gerekecektir. Çünkü burada gerek toplum sağlığı açısından gerekse de üçüncü bir kişinin yaşam hakkı açısından ciddi bir tehlike hali söz konusudur. Ayrıca doktrinde⁴¹⁰ üçüncü kişilerle zorunluluk hali kapsamında hasta sırrının paylaşılmasında başkaca faktörlerin etkili olduğu da ifade edilmektedir. Örneğin; açıklamanın yapılmaması halinde risk altında olan üçüncü kişinin korunan değerinin

⁴⁰⁷ Hızal, "Türk Ceza Kanunun'daki Düzenlemeler Işığında Psikiyatristlerin İhbar Yükümlülüğü ve Hasta Mahremiyetinin Sınırları", ss. 590-591.

⁴⁰⁸ Sert, "Özel Hayatın Gizliliği Hakkının Tıp Etiği Açısından Önemi ve HIV ile Yaşayanlar", ss. 214-215.

⁴⁰⁹ Langmack, s. 4556, İpekyüz, ss. 134-135., Günday, s. 183.

⁴¹⁰ Hakeri, Tıp Hukuku, s. 1124.

önemi, somut olayda zararın meydana gelme olasılığı, zararın ne kadar süre içerisinde meydana geleceği, açıklama yapmak dışında zararın önlenmesi için bir yol bulunmaması gibi faktörler örnek gösterilebilir.

Yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda sonuç olarak sağlık mesleği mensubunun eylemi zorunluluk hali kapsamında kaldığında cezalandırılmayacaktır⁴¹¹.



⁴¹¹ Zorunluluk halinin niteliği doktrinde tartışmalı bir husus olup bizler çalışmamızda zorunluluk halinin hukuka uygunluk ve kusurluluk bakımından çifte fonksiyonu olduğu kanaatiyle sağlık mesleği mensubunun eylemleri bakımından “suç oluşmayacaktır” denmesinin isabetli olmadığı kanaatindeyiz. Çünkü somut olayın özelliklerine göre zorunluluk hali hukuka uygunluk sebebi olup eylemi suç olmaktan çıkarabileceği gibi kusurluluğu etkileyen bir hal olarak eylemi suç olmaktan çıkarmayacak fakat kusuru ortadan kaldıracaktır.

İKİNCİ BÖLÜM

SAĞLIK MESLEĞİ MENSUPLARININ SUÇU BİLDİRMEMESİ SUÇUNUN UNSURLARI ve ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

I. SAĞLIK MESLEĞİ MENSUPLARININ SUÇU BİLDİRMEMESİ SUÇU'NUN UNSURLARI

GENEL OLARAK

Çalışmamızın bu bölümünde TCK m. 280'de düzenlenen suç tipini derinlemesine bir şekilde ele alacağız. Bu suç tipi 765 sayılı TCK'da da düzenlenmiş olduğu için öncelikle 5237 ve 765 sayılı TCK hükümleri arasında karşılaştırma yapmayı faydalı görüyoruz.

765 sayılı TCK'nın 3. kitap “Kabahatler” bölümünün 1. kısmında 530. maddede “Cürmü haber vermekte zühul” başlığı altında “*Hekim, cerrah, ebe yahut sair sıhhiye memurları şahıslar aleyhinde işlenmiş bir cürüm asarını gösteren ahvalde sanatlarının icabettiği yardımı ifa ettikten sonra keyfiyeti adliye veya zabıtaya bildirmezler yahut ihbar hususunda teahhur gösterirlerse bu ihbar kendisine yardım ettikleri kimseyi takibata maruz kılacak ahval müstesna olmak üzere otuz liraya kadar hafif cezayı nakdiye mahkum olurlar.*” hükmüyle bu suç tipine yer verilmekteydi. 5237 sayılı TCK'da ise 280. maddede “Sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi” başlığı altında; “*Görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşmasına rağmen, durumu yetkili makamlara bildirmeyen veya bu hususta gecikme gösteren sağlık mesleği mensubu, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Sağlık mesleği mensubu deyiminden tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler anlaşılır.*” hükmüyle bu suç tipine yer verilmiştir. Hükmün eski ve yeni hali dikkate alındığında önemli farklılıkların olduğunu ifade etmek gerekir.

Öncelikle bu suç tipi kanundaki yerinden anlaşılabacağı üzere 765 sayılı TCK'da kabahat olarak düzenlenmekteydi. Bunun sebebi eski ceza kanunu döneminde suçların ikili bir ayrıma tabi tutulmasıydı. Bu ayrımın cezaların ağırlığı göz önüne alınarak kabahat kavramına yer verilmekteydi. Bunun sonucu olarak da o dönem kabahatlere ilişkin hem adli para cezası verilebilmekte hem de gerektiğinde hapis cezası verilebilmekteydi. 5237 sayılı TCK 'da ise kabahat- cürüm ayrımında son verilmiş ve

765 sayılı TCK'da kabahat olan bazı düzenlemeler 5237 sayılı TCK'da suç olarak kabul edildi ya da ceza kanununda yer verilmeyerek 5326 sayılı Kabahatler Kanununda kabahat olarak kalmaya devam etti. Bunun yansıması olarak izlenen suç politikası 5237 sayılı kanun döneminde kendini göstererek söz konusu bu suç tipi kabahat olmaktan çıkarılarak 5237 s. TCK'da suç olarak kabul edildi.

Burada kanaatimizce tartışılması gereken husus; modern ceza hukuku anlayışında suç olmaktan çıkarma eğiliminin aksine eskiden kabahat olarak düzenlenen eylemlerin suç haline getirilmesinin izahıdır.

Suç olmaktan çıkarma eğilimi ilk olarak 18. yüzyılın ikinci yarısında Alman hukukçuların İdari Ceza Hukuku ve Ceza Genel Hukuku ayrımı yapmasıyla ortaya çıkmıştır⁴¹². İdari Ceza Hukuku kapsamında eylemlerin cezalandırılmasındaki amaç kamu düzeninin bozulmasını engellemektir. Bu sebeple zorlayıcı tedbirlerle bireylere kamu düzenini bozmama yükümlülükleri hatırlatılmaktadır. Oysa genel anlamda suçların cezalandırılmasındaki amaç aslında failin suç işlemek konusunda caydırılması ve toplumdaki diğer bireylere de bu durumun örnek teşkil etmesidir. Bu sebeple cezalar sicile işlenir ve fail hakkında verilecek hükmü etkileme kabiliyetine sahiptir. Bu temel farklılıklar nedeniyle kabahat niteliğindeki eylemlerin suç olmaktan çıkarılması gerekliliği doğmuştur⁴¹³.

Ulusal mevzuatımız bakımından ise; mevzuatımızda suç olmaktan çıkarma eğiliminin dönüm noktasının 5237 sayılı TCK'da kabahat ve cürüm ayrımının kaldırılması olduğu ifade edilmektedir⁴¹⁴. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile kabahatler suç olarak kabul edilmemiştir. Bu ayrımın kaldırılması neticesinde 5326 sayılı Kabahatler Kanunu düzenlenmiş yine 5728 sayılı “*Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*” ile bazı fiiller bakımından idari yaptırımlar getirilmiştir.

Suç olmaktan çıkarma eğilimine; yargı sürecinin fazla uzaması, iş yükü fazla olan mahkemelerin davalar bakımından önemli olan hususları inceleyememesi, kabahat olarak nitelendirilecek bir eylem ile ağır nitelikli bir suç işleyen kimselerin

⁴¹² Kayıhan İçel, “İdari Ceza Hukuku ve Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Fakülteler Matbaası, Cilt:50, Sayı: 1-4, 1984, s.117.

⁴¹³ İçel, “İdari Ceza Hukuku ve Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi”, s.119.

⁴¹⁴ Selçuk Gişi, “Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Kabahatler Kanunu”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:8, Sayı:1, 2017, ss. 130-131.

aynı yargılama usulüne tabi tutulması, idari yaptırımların kişilerin temel hak ve özgürlüklerini etkilemesi nedeniyle idari yaptırımların hangi esaslara tabi olacağına ilişkin ayrı bir kanuni düzenlemenin bulunmaması gibi etkenler sebep olmuştur⁴¹⁵.

Suç olmaktan çıkarma eğiliminin temeli aslında Ultima ratio ilkesinden gelmektedir. Bu ilke ceza hukukuna ve ceza hukuku yaptırımlarına son çare olarak başvurulması gerektiğini ifade etmektedir. İnsan onurunun ve maddi ve manevi gelişiminin önem arz ettiği ülkelerde ceza yaptırımları son çare olarak görülmekte bu yaptırımlar dışında başkaca bir hukuk disiplini ile aynı oranda ve etkili mücadele etme imkanı var ise bu tercih edilmektedir.

Bu ikincil bakış açısı aslında ölçülülük ilkesinin de bir yansımasıdır. Bu nedenle ultima ratio prensibi neticesinde zaman içerisinde bazı fiiller suç olmaktan çıkarılmakta, bazı fiillerin cezalandırılmamasına karar verilmekte veya bazı fiillerin farklı bir disiplinin yaptırımına tabi tutulması düzenlenmektedir⁴¹⁶. Bu kararlar verilirken devletlerin uyguladıkları suç siyaseti ve toplumsal ihtiyaçlar nedeniyle savunması yapılan temel değerler etken olacaktır. Suçları tespit etmek, belirli sapıcı davranışları suç olarak belirlemek veya tespit edilmiş olanları suç olmaktan çıkarmak izlenen suç politikasına bağlı olacaktır⁴¹⁷. Kanaatimizce kanun koyucunun sağlık mesleği mensupları bakımından böyle özel bir düzenleme yapma isteği meslek gereği suç olgularıyla fazlaca karşılaşmaları ve özellikle suçların aydınlatılması bakımından delile ulaşma imkânlarının daha kolay olmasıdır.

İkinci fark fail konusunda kendini göstermektedir. 5237 sayılı TCK 'da hükümde fail bakımından sınırlayıcı değil örnekseyici bir sayım yapılarak sağlık mesleği mensubundan ne anlamamız gerektiği hususunu aydınlatmak adına *tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler* şeklinde hükümde örnek verilmiştir. Burada sağlık hizmeti veren diğer kişiler kavramının kapsamının çok geniş olduğu yalnızca doğrudan sağlık hizmeti sunan kişilerin anlaşılması gerektiği açıktır. 765 sayılı TCK döneminde ise hekim, cerrah, ebe yahut sair sıhhiye memurları

⁴¹⁵ Gişi, s. 132.

⁴¹⁶ Soner Demirtaş, “Türk Hukukunda Suç Olmaktan Çıkarma ve Ceza Vermekten Kaçınma Eğilimi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, Cilt:21, Özel Sayı, 2019, ss. 493-497.

⁴¹⁷ Sulhi Dönmezer, “Suç Siyaseti”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer’e Armağan, 1986-1987, Cilt:52, Sayı: 1-4, s. 16, 21.

fail olarak kabul edilmekteydi. Görüldüğü üzere eczacılara yer verilmemiş “*sair sihhiyet memurları*” kavramı dar tutularak dolaylı yoldan sağlık hizmeti sunanlar fail kapsamında değerlendirilmemiştir. Kısaca 765 sayılı kanunda fail kavramının daha dar kapsamı tutulduğunu söyleyebiliriz.

Hükmün lafzından hareketle bir diğer fark 765 sayılı kanunda yalnızca “*şahıslar aleyhinde işlenmiş bir cürüm asarını gösteren ahvalde*” bildirim yükümlülüğü getirilmiştir. Fakat 5237 sayılı TCK ’da “*bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşması*” denerek bildirilecek suç tipine ilişkin herhangi bir sınır getirilmeksizin bildirilmesi gereken suç kapsamının geniş tutulduğu görülmektedir. Bu kavram karşısında en ufak bir şüphe bile belirti olarak kabul edilebilecek ve sağlık mesleği mensubuna iftira veya hakaret suçlarına ilişkin ithamlarda bulunulacaktır. Fakat belirtmek gerekir ki her iki kanun döneminde de kabahatlerin bildirilmesi yükümlülük kapsamına alınmayıp yalnızca suç teşkil eden eylemlerin bildirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bu sebeple somut olay ve olgulara dayanan hususlar dikkate alınmalıdır. Doktrinde de eleştirilen temel husus sağlık mesleği mensupları bakımından bildirilecek suçların kapsamının çok geniş tutulması, mağdurun iradesi önem arz etmeksizin ya da sağlık mesleği mensuplarına bir takdir hakkı tanınmaksızın bildirim yükümlülüğünün getirilmiş olmasıdır⁴¹⁸.

Bir diğer farklılık arz eden husus 765 sayılı Türk Ceza Kanununa göre suça ilişkin belirti ile karşılaşılma anının önemi bulunmayıp görev esnasında veya görev dışında karşılaşılması da kabul edilmekteydi. Oysa 5237 sayılı TCK’da “*Görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşan*” denerek karşılaşma anı bakımından zamansal bir sınırlama getirilmiştir.

Yine sağlık mesleği mensubunun suçu hangi andan sonra bildirim yükümlülüğünün başladığı konusunda hükümler arasında farklılık görülmektedir. 765 sayılı kanunda “*gösteren ahvalde sanatlarının icabettiği yardımı ifa ettikten sonra*” denerek sağlık mesleği mensubunun görevinin kendisine yüklediği tıbbi yardımı

⁴¹⁸Yahya Deryal, “Hekimin “Sır Saklama” ve “İhbar” Yükümlülükleri”, <http://www.aktuelpsikoloji.com/hekimin-sir-saklama-ve-ihbar-yukumlulukleri-2714h.htm>, (05.04.2020)., İplikçi, Huriye Elif, “Türk Ceza Hukukunda Suçu Bildirmeme Suçları”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku, Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2010, s.94., Tarık Gündüz ve Ömür Elçioğlu, “ İnsan Yaşamını Korumakla Yükümlü Olan Hekim Hastasını İhbar ile Yükümlü Kılınabilir mi?”, Türkiye Klinikleri Journal of Medical Ethics, Sayı:13, 2005, ss. 189-190.

sağladıktan sonra bildirim yükümlülüğü doğmaktaydı. Fakat 5237 sayılı kanunda bildirim yükümlülüğünün ne zaman başlayacağı hususunda açık bir düzenleme olmayıp bir suçun işlendiğine dair belirti ile karşılaşıldığı an yükümlülüğün başlayacağı anlaşılmaktadır. Fakat hükmün bu halinden sağlık mesleği mensubunun icra etmesi gereken tıbbi yardımı ihmal ederek önce suçu bildirmesinin bekleneceği anlamı çıkarılmamalıdır. Elbette yaşam hakkı en temel kişilik haklarından olup suçun aydınlatılması karşısında asla ikincil nitelikte kabul edilemeyecektir. Bu sebeple her ne kadar yeni düzenlemede açık bir şekilde ifade edilmese de 765 sayılı kanundaki anlayışın devam etmesi gerekmektedir⁴¹⁹.

Bununla birlikte doktrinde⁴²⁰; eski hükümdeki düzenlemenin daha isabetli olduğu mevcut düzenlemede “*önce müdahale sonra bildirim*” ilkesine yer verilmemesinin isabetsiz olduğu ifade edilmektedir. Çünkü mevcut düzenlemede bir açıklık bulunmaması sağlık mesleği mensuplarını suçu bildirmek telaşına düşürmekte ve asli görevleri olan tedavi etme yükümlülüğünü ikinci plana atması sebebiyle eleştirilmektedir.

Her iki kanun hükmünde de bildirmeme veya bildirmek hususunda gecikme gösterme suçun maddi unsurları olarak kabul edilmiştir. Fakat ihbar edilecek kişinin konumuna ilişkin hükümler arasında farklılık olduğu görülmektedir. 765 sayılı kanunda “*bu ihbar kendisine yardım ettikleri kimseyi takibata maruz kılacak ahval müstesna olmak üzere*” şeklinde yardıma ihtiyacı olan kimselerin yani müdahale edilen kimsenin fail olması halinde bildirim yükümlülüğü bakımından istisnai bir hal doğacağı ifade edilmekteydi. Buradaki temel mantık kovuşturmayaya tabi tutulacağı korkusuyla kişilerin sağlık hizmetlerine başvurmadan çekinmesinin önüne geçerek en temel kişilik haklarından olan yaşam hakkının önemini vurgulamak adına getirilmişti. Fakat 5237 sayılı kanunda ihbar edilecek kimsenin konumu önem arz etmeksizin ister mağdur ister fail olsun sağlık mesleği mensubuna ihbar yükümlülüğü getirilerek kapsam ziyadesiyle genişletilmiştir.

Doktrinde hükümde yer alan “*belirti*” kavramının günlük hayatta kullanılan bir kavram olmayıp suçun düzenlenmesi ve suçun oluşumuyla ilgili bir kavramdır. Bu

⁴¹⁹ Karasu, s. 82, Sütlaş, s.93, Sert, Hasta Hakları, s. 262.

⁴²⁰ Deryal, “Hekimin “Sır Saklama” Ve “İhbar” Yükümlülükleri”, <http://www.aktuelpsikoloji.com/hekimin-sir-saklama-ve-ihbar-yukumlulukleri-2714h.htm>., İplikçi, ss.92-93.

nedenledir ki sağlık mesleği mensubunun “belirti” kavramı üzerinden suçun oluşup oluşmadığını tespit etmesini beklemek bu suçun uygulama alanını daraltacaktır.

Burada olması gereken sağlık mesleği mensubunun belirti olarak algılamadığı bir husus söz konusu olduğunda ve ileride yargılama söz konusu olduğunda sağlık mesleği mensubunun durumunun süresinde hata kuralları uygulanarak bir hukukçu tarafından çözümlenmesi gerekir⁴²¹. Bu durum doktrinde farklı gerekçelerle ağır bir şekilde eleştirilmiştir. Bir görüş⁴²²; bu bakış açısının sağlık mesleği mensubunu adeta bir casus bir muhbir haline getirerek hasta haklarına ve en temel kişilik haklarından olan yaşam hakkının yok sayılarak suçun aydınlatılması uğruna feda edilebileceği gibi bir algı yaratmaktadır. Bir başka görüşe göre⁴²³; sağlık mesleği mensuplarını bu denli geniş kapsamlı bir bildirim yükümlülüğü altına sokmak kişilerin sağlık hizmetlerine başvurmalarından imtina etmelerine sebep olacak ve çok ağır neticeler doğuracaktır. Nitekim bu hususla ilgili tartışma hükmün getiriliş sürecinde TBMM Adalet Alt Komisyonu’nun 07.07.2004 tarihli toplantı tutanaklarına da yansımıştır.

Bu toplantıda Doğan Soyaslan⁴²⁴; “*“Sayın Başkan, evde tabancamı temizlerken oğlumu yaraladım, taksirli bir fiil. Devlet Hastanesine götürdüm, tabip devlet memuru, bunu bildirmek zorunda. Ondan kaçtım, özel bir doktora götürdüm, o da götürmek zorunda burada. Sağlık hakkım nerede kalacak benim? Usul Kanununun 48’nci maddesinde –ki, tasarıda da muhafaza edildi veya kuvvetlendirildi- bunlara biz, sağlığı korumak için tanıklıktan çekilme hakkı tanıyoruz. Burada da, suçu bildirme yükümlülüğü getiriyoruz, artı tanıklık yapacak. Burada, bence, sağlık hakkı üstün tutulmalı. Belki Avrupa Konseyinin dediği bu olabilir.”*,..... “Avukata suçu

⁴²¹ Ünver, (TCK’da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar), s. 413.

⁴²² Faruk Erem, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, Feryal Matbaacılık, Cilt:3, Ankara, 1993, ss.2580-2585., Duygun Yarsuvat ve Köksal Bayraktar, “Yeni Türk Ceza Kanunundaki Bazı Suçlar Karşısında Tıbbi Uygulamaların Durumu”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan, Yıl:3, Cilt:2, Kamu Hukuku, 2004, s.85., , <http://dosya.gsu.edu.tr/Sayfalar/2015/4/erdenkuntalp2-368.pdf>, (05.04.2020)., Özlem Yenerer Çakmut, “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m.280)”, Doç. Dr. Mehmet Somer’in Anısına Armağan, İstanbul, 2006, s. 1060., Yazar sağlık mesleği mensuplarının her türlü suça karşı adeta bir kolluk görevlisi gibi görüldüğünü ifade etmektedir. Ünver, (TCK’da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar), s. 412., Ümit Kocasakal, Suçu Bildirmeme Suçları (TCK m. 278,279,280), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 171., Osman Yaşar ve diğerleri, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt:6, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s.8044.

⁴²³ Hakeri, Tıp Hukuku, s. 1185., Gündüz ve Elçioglu, s. 189.

⁴²⁴ T.C. Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu, Ankara, Şubat 2005, ss. 967-968., Niyazi Güney ve diğerleri, Yeni Türk Ceza Kanunu, Adil Yayınevi, Ankara, Kasım 2004, ss. 796-797.

işlediğinizi itiraf ediyorsunuz, avukat tanıklık yapabilir mi, bana bunu söyledi efendim, suç işledi diyebilir mi; diyemez. Suçu da içeriyor. Burada ben çocuğumu yaradım. Ya cezaevine gideceğim ya da çocuk ölecek. Bana çelişkili geliyor. Gitmem o zaman çocuk ölür. Sağlık hakkını harcarsınız böylece. Burada harcanıyor” demek suretiyle yukarıda açıklanan doktrin görüşlerini destekler bir açıklamada bulunmuştur.

Soyaslan yine bu örneği kullanarak V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumunda İlhan Üzülmaz’ın açıklamalarına eleştiri yöneltmiştir. Eleştirisinde bu gibi bir olayda kamu düzenini korumak pahasına sağlık hakkının, yaşam hakkının hiçe sayılamayacağını ve Anayasa m. 56 ile hiçbir surette bağdaşmayacağını yine CMK m. 46 ile açık bir şekilde çelişki yarattığını ifade etmiştir⁴²⁵.

Oturumda Mustafa Ruhan Erdem söz alarak: böyle bir olayda babanın tehlikeli hareketinden ötürü garantör konumunda olduğu ve bu sebeple çocuğu hastaneye götürmediği takdirde ihmali suretiyle olası kastın gündeme gelip TCK m. 83 kapsamında sorumluluğunun tartışılabileceğini ifade etmiştir. Yine müdahale etmesi gereken hekim bakımından zaten Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 3. maddesini gereğince acil bir hal söz konusu olduğundan müdahale etme yükümlülüğü altında bulunduğunu, bu nedenlerle verilen örneğin TCK m. 280 bakımından bir sorun arz etmediğini ifade etmiştir⁴²⁶.

Yine görüşmeler esnasında bu görüşün aksini savunan Adem Sözüer ise⁴²⁷; *“Tanıklıktan çekinme olan konular, ebe, hemşire ve doktor için. Ben bir doktora gidiyorum, akıl sağlığımla ilgili bazı şeyler anlatıyorum veya ruh sağlığımla ilgili veya diğer hastalıklarımla ilgili, cinsel sağlığımla ilgili bazı şeyler anlatıyorum. Daha sonra bir dava açıldığında, bu doktor, gidip orada tanıklık yapmayacak, tanıklıktan çekinebilecek. Buna karşılık, bir suç vakası olduğunda, artık burada bir tanıklıktan çekinme söz konusu olmaz. Örneğin, bakın biz bugün doktorlara bulaşıcı hastalıkları bildirme, aids veya diğer bulaşıcı hastalıkları bildirme yükümlülüğü dahi yüklemişiz doktorlara. Bunun dışında, diyelim ki bir adam öldürme vakası söz konusu olmuş, sadece bu taksirli suçlar değil, orada da bildirilmesi lazım. Nereden bileceğiz sizin*

⁴²⁵ Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, (V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu), İkinci Gün Yedinci Oturum Sonrası Tartışmalar Bölümü, ss.850-851.

⁴²⁶ Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları (V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu), İkinci Gün Yedinci Oturum Sonrası Tartışmalar Bölümü, ss.862-863.

⁴²⁷ Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu, ss. 967-968, Güney ve Elçioğlu, Yeni Türk Ceza Kanunu, ss. 796-797.

taksirli şey yaptığınızı. Bir çocuk yaralanmış silahla, hekime gidiyor, hekimin burada bir suç belirtisi olduğunu görmesi durumunda mutlaka bildirmesi lazım. Aksi durumda, hukuk düzeninde çok ciddi suistimallere yer verilir. Yani, tanıklıktan çekinme hakkı, suç oluşturmaya vakıalar bakımından geçerli, demin dediğim olaylar bakımından geçerli. Yoksa, bu suçlarla ilgili olan konularda geçerli değildir. Dediğim gibi, hekimlerin bulaşıcı hastalıkları dahi bilrime yükümlülükleri var.”, “Suç olması halinde... Burada özellikle terör örgütleri bakımından düşünülen bir maddedir bu, alt komisyonda da bu yönde tartışılmıştır, komisyon üyeleri hatırlayacak. Biz burada belli bir boşluk alan bırakacak olursak, o zaman polisle, askerle çatışan kişilerin bazı yerlerde tedavi edilmesini sonuçlarız ki, bu bakımdan konulması gerekir. Suç vakiasının bildirilmesi gerekir.” diyerek hükmün düzenleniş sebebine vurgu yaparak suçlulukla mücadelede sağlık mesleği mensuplarının görevinin önemini hatırlatmıştır.

Karşı görüşte olan Haluk Koç ise 16 Eylül 2004 tarihinde TCK m. 280’in oylamasında karşı oy gerekçesi olarak şunları belirtmiştir⁴²⁸:

“Yeni düzenleme ile 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’ndan daha geri bir adım atılmıştır. Sağlık mesleğini icra edenler yani hekim, yardımcı sağlık personeli, dış hekimi ve eczacılar bu konuda oldukça sıkıntı yaşayacaktır. 765 sayılı TCK’nın 530. maddede bildirim zorunluluğu olan suçlar şahıslar aleyhinde sınırlı tutulmuşken, tasarıda bu sınırlama kaldırılmış, bütün suçlar kapsama alınmıştır. 765 sayılı TCK’nın 530. maddesinde yer alan bu ihbar kendisine yardım ettikleri kimseyi takibata maruz kılacak ahval müstesna olmak üzere biçimindeki sınırlayıcı hükme bu tasarıda yer verilmemiş, tedavi edilen kişinin dahi suç işlediği yönünde bir belirti varsa bildirim zorunluluğu getirilmiştir. Tasarıda yer alan düzenleme, öncelikle kişilerin sağlığını koruma hakkını ve kişilik haklarını ihlal edici sonuçlara yol açabilecektir. Çünkü doktora başvuran kişinin kendi tedavisinin sağlanması amacıyla verdiği bilgiler sır kapsamında olup, doğrudan kişinin özgürlüğü ve kişilik haklarıyla ilişkilidir. Hastanın da faili olabileceği bir suçun emarelerini gören sağlık personeline, hekime, hastayı bildirme ve tedavi sırasında öğrendiği sırları bildirim yükümlülüğü getirmek, öncelikle, kişilerin, Anayasa’nın 17. maddesinde belirtilen maddi ve manevi varlıklarını koruma ve geliştirme haklarının, kişi özgürlüklerinin ortadan kaldırılması sonucunu doğurabilecektir. Herhangi bir biçimde bir suçla ilgisi

⁴²⁸ Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu, ss. 969-970.

olan veya ilgisi olduğu düşünölen hastaların, bildirilecekleri korkusuyla tedavileri için hekime başvurmaları, belki de bu kanun müeyyidesi dolayısıyla engellenmiş olabilecek, bir insanlık hakkı elinden alınmış olacaktır. Ayrıca hastanın mahremiyeti ortadan kalkacağı için sağlık sorunlarıyla ilgili doğru bilgi verme, doğru tanı ve tedavi uygulanması sürecinde aksama oluşacaktır. Hekimlerin öncelikli görevi tedaviye ihtiyacı olan kişilere gerekli sağlık yardımını sağlamaktır. Hekimliğin bir güven mesleği olması sebebiyle hekimle hastası arasındaki bilgiler belki o hastanın eşiyile arasında olmayan bilgiler de olabilir, iş ortağıyla arasında olmayan bilgiler de olabilir veya herhangi bir noktada o kişinin sağlığı hekim için, taşıdığı suçlu kimliğinden daha önce olabilir. Bu husus hekimlik yemininin de en önde gelen kurallarından bir tanesidir. Kişilerin, doğrudan yaşam hakkıyla ilgili olan sağlığının korunması hakkı kapsamında başvuracakları sağlık personeline güvenebilmeleri büyük önem taşımaktadır. Hipokrat Yeminiyle günümüze kadar gelen bir hekimlik mesleğinin özelliklerinden konuşuyoruz. Şimdi, burada, hekimi ve sağlık personelinin olası bir muhbir konumuna düşürecek, tanı, tedavi, sağlık personelinin aslı görevlerini yapma noktasında, her aşamada sıkıntı getirebilecek bir müeyyidedir.”

TBMM görüşmeleri sırasında sunulan eleştirilere ek olarak hükmün tasarısının tartışıldığı dönemde Adli Tıp Uzmanları Derneği de hükmü eleştirmiştir. *Derneğe göre;* eski hüküm kişinin ihbar edileceği korkusuyla tedaviden kaçınmaması ve ölüm riskine maruz kalmaması için uygun bir düzenlemeydi. Yeni düzenlemede temel haklardan “yaşam hakkı” dikkate alınmamıştır. Kişi ihbar edilme korkusuyla tedaviden kaçınacaktır. Aynı zamanda bu durum evrensel meslek etiği ilke ve değerlerine de aykırılık teşkil etmektedir. Hükme “Görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşmasına rağmen, hekimlik uygulamaları dışında durumu yetkili makamlara bildirmeyen veya bu hususta gecikme gösteren sağlık mesleği mensubu, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” şeklinde ek bir düzenleme getirilmesi gerektiğini ifade etmişlerdir⁴²⁹.

Doktrinde sağlık mesleği mensuplarından böyle hallerde suçu bildirmesini beklemek yerine karşılaştıkları bütün bulguları muayene defterlerine kaydetmelerini

⁴²⁹ Adli Tıp Uzmanları Derneği, “TCK’nın 530.maddesi Ortadan Kaldırılıyor!”, TCK Reformu, İkinci Kitap, Makaleler Görüşler, Raporlar, Editör Teoman Ergöl, Türkiye Barolar Birliği, Eylül 2004, ss. 241-242, http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/tck_reformu2.pdf, (12.04.2020), Gündüz ve Elçioğlu, ss. 189-190.

sonrasında suçun adli yargıya taşınması halinde ellerindeki bulguları adli rapor halinde delil olarak sunmaları gerektiği ifade edilmektedir. Bununla birlikte küçüklerin, sağır ve dilsizlerin ya da kendini savunamayacak derecede malul olanlar bakımından sağlık mesleği mensubunun karşılaştığı suç belirtisini ihbar etme yükümlülüğü olduğunu ifade edilmektedir⁴³⁰.

765 sayılı TCK ile bir diğer fark; eskiden bu suç bakımından adli para cezası öngörülmekte iken 5237 sayılı kanunda bir yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Yine 765 sayılı kanunda bu suç tipi soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı olup ön ödeme kapsamında kabul edilmekteydi. 5237 sayılı kanunda ise bu suç tipi ön ödeme kapsamından çıkarılmış re'sen soruşturulan ve kovuşturulan bir suç haline gelmiştir⁴³¹. Bir hukuk devletinin yegâne amacı toplumun güvenliğini sağlamak ve suçlulukla mücadele konusunda etkin hareket etmek olduğu dikkate alındığında bu hususta hukuk sistemi ile sağlık mesleği mensuplarının ortak hareket etmesi ve belirli sorumluluklar üstlenmesini gerektirecektir. Burada kanun koyucu belirli bir meslek sınıfını baskı altında bırakmak niyetinde olmayıp meslek sırrının hassasiyetini de göz önünde bulundurarak bu hükümle bir denge kurmaya çalışmıştır.

Son olarak sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesinin ayrıca suç olarak düzenlenmiş olmasının uygulamada nasıl bir farklılık yarattığına dikkat çekmek gerekir. Bu sebeple bu suç tipiyle ilgili sağlık çalışanlarının konuya bakış açısını ortaya koymak adına yapılmış anket çalışmalarına ve sonuçlarına kısaca değinmekte fayda görüyoruz.

Bir anket çalışmasında(İlerleyen bölümlerde 1 numaralı anket olarak anılacaktır.); *“100 hekim, 200 sağlık mesleği mensubu, 200 hukukçu ve 200 sağlık mesleği mensubu veya hukukçu olmayan kişiye”* 14 adet soru yöneltilmiştir⁴³². Katılanlara; Sır saklama yükümlülüğü ile ilgili sağlık çalışanlarına özgü bir düzenleme yapılmalı mıdır? , Sırrın ifşası halinde bir zarar şartı aranmalı mıdır?, Hastanın rızası bulunması halinde sağlık mesleği mensubu tanıklık yapmak zorunda olmalı mı?, İhbar

⁴³⁰ Sevinç Arslan Hızal, “Türk Ceza Kanununda Sağlık Personelinin İhbar Yükümlülüğü”, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt:5, Sayı:13, Ağustos 2010, ss.125-128.

⁴³¹ Zafer, “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK M. 280), ss. 1331-1332., Özkan Gültekin, “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt:6, Sayı:19, 2016, ss. 104-105.

⁴³² Mustafa Kolenoglu, “Sağlık Mesleği Mensuplarının Sır Saklama ve Suçu Bildirme(İhbar) Yükümlülüğü”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, Sosyal Bilimler Anabilim Dalı, İstanbul, 2009, ss. 37-64.

yükümlülüğü ile meslek nedeniyle tanıklıktan çekinme arasında bir çelişki bulunması halinde nasıl bir yol izlenmelidir?, Eski hükümde önce tıbbi müdahale sonra bildirim yükümlülüğü varken yeni düzenlemede bunun yer almaması karşısında doğru davranış modeli nasıl olmalıdır?, Başvurucunun suçlu olması halinde bu sağlık hizmetlerine başvurusundan çekinmesi neticesini doğurur mu?, Yeni hükmün tüm suç tiplerini kapsammasının etkisi, “*yapılan ihbarın, sağlık yardımı yapılan kimseyi bir kovuşturmayla (takibata) maruz bırakmaması*” koşulunun kaldırılmasının etkisi, sağlık mesleği mensubunun hangi durum ve koşullarda ihbarda bulunması gerektiği, sağlık mesleği mensubu ihbar yükümlülüğünü yerine getirmediği takdirde cezalandırılmalı mıdır? ve kanunda öngörülen ceza sağlık hizmetlerini nasıl etkilemektedir?, Başvurucu mağdur ise ihbar için onamı alınmalı mıdır? gibi sorular yöneltilmiştir.

Bu çalışmada elde edilen bulgulara bakıldığında katılanların %55.3’ü sağlık çalışanları için ayrı bir sır saklamaya aykırılık hükmü olması gerektiği, %56.4’ü hastanın rızası bulunsa dahi tanıklık yapmak konusunun sağlık mesleği mensubunun takdirine bırakılması gerektiği, %47’si ihbar yükümlülüğü konusunda hasta ile kamu düzeni arasında bir denge kurmak kaydıyla sağlık mesleği mensubunun takdir hakkı olması gerektiği, %55.6’sı acil tedavi gerektiren haller dışında önce bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmesi sonrasında tedaviye geçilmesi gerektiğini, %82’sinin hastanın fail olması durumunda sağlık hizmetlerine başvurmadan çekinebileceğini bu nedenle %65.6’sı eski kanun hükmündeki “*yapılan ihbarın, sağlık yardımı yapılan kimseyi bir kovuşturmayla (takibata) maruz bırakmaması*” koşulunun isabetli olduğunu, %51.1’i tüm suçların bildirim kapsamına alınmasının doğru bir yaklaşım olduğunu, %55.7’si mevcut düzenlemenin sağlık çalışanlarının hizmetlerini olumsuz etkilediğini ifade etmiştir.

Dikkat çeken hususlardan biri ihbar konusunda mağdurun rızasının aranıp aranmaması sorusunu katılanların %68.7’si boş bırakmıştır. %22.3’ü yalnızca rıza aranması gerektiğini ifade etmiştir. Yine bu suçla nasıl bir yaptırımın olması gerektiği sorusunu katılımcıların %33.9’u hiç ceza verilmemesi, %32.9’u hafif para cezası verilmesi gerektiğini ve %19.3’ü yalnızca mevcut hükmün isabetli olduğunu ifade etmiştir.

Tüm bu bulgular neticesinde çalışmadan şu sonuçlar çıkarılmıştır; sağlık mesleği mensubunun ceza tehdidi altında hissetmesi üzerinde baskı yaratacağından

sağlık hizmetlerini olumsuz etkilemekte, eski kanun hükmüne nazaran TCK m. 280 uygulamadaki sorunların çözülmesinde yetersiz kalmakta, tanıklıktan çekinme konusunda sağlık mesleği mensuplarının etik ikilemde kaldığı, tedavi yükümlülüğünün ihbar yükümlülüğünün gölgesinde kaldığı, başvuru fail olması halinde ihbar edileceği korkusu yaşayacağı ve ehliyetsiz kişilere veya tedavi kurumlarına başvurmasına sebep olabileceği, bu suç bakımından öngörülen cezanın ağır olduğu adli para cezasının daha uygun olacağı, ihbar kapsamında bütün suçların yer almasının isabetli olduğu gibi önemli sonuçlar elde edilmiştir.

Yine benzer bir başka anket çalışmasında(İlerleyen bölümlerde 2 numaralı anket olarak anılacaktır.) araştırmaya; 163 hemşire, 88 doktor olmak üzere toplamda 251 kişi katılmıştır. Toplam 20 soru olmak üzere; konu ile ilgili literatürden yararlanarak hazırlanan bu formun ilk 12 sorusunu, çalışanların suç bildirimini ile ilgili kanunlar çerçevesinde bilgilerini ölçen sorular, son 8 sorusunu ise bir suçla karşılaştıklarında tutumlarını belirlemeye yönelik sorular oluşturmuştur. Son 8 soru bakımından 1’den 5’e kadar bir negatiften-pozitif bir puan dağılımı öngörülmüştür⁴³³.

Elde edilen bulgularda; katılanların yalnızca %25’inin suç bildirimini konusunda eğitim aldığı, çalıştıkları kurumda suç bildirimine ilişkin politikalar bakımından %62’sinin hiçbir bilgisi olmadığı yalnızca %25,2’sinin mevcut olduğunu belirttiği, katılanların %80’inin karşılaştıkları suç belirtilerini bildirmediği, oysa %60,2’sinin bildirimini gerektirecek bir suçla karşılaştığı, bildirimin nereye yapılması gerektiği konusunda %45’inin hastane polisine, %24’ünün başhekimliğe yaptığı, suç bildiriminin %69,6 oranıyla en fazla acil servislerde yapıldığı en az ise %7,1 ile polikliniklerde yapıldığı, Bildirimi yapmama gerekçesi olarak ise %25’i kendi görevi olmadığını,%29,5’i kesin kanıt bulunmadığını, %9,1’i mağdur şikayet etmezken kendisinin etmek istemediğini,%6,8’nin adli süreçle uğraşmak istemediğini, eğitim alanların %63,5’i almayanların ise %85,6’sı suçu bildirmediikleri sonuçlarına ulaşılmıştır.

Adli olguların bildirilmesiyle ilgili hekimlerin tutumuna ilişkin bir başka çalışmada (İlerleyen bölümlerde 3 numaralı anket olarak anılacaktır.)⁴³⁴; “Yirmi iki

⁴³³ Hülya Bozdemir Celep, “Sağlık Çalışanlarının Suçun Bildirimi Konusunda Bilgi ve Tutumlarının Değerlendirilmesi”, Marmara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Cerrahi Hastalıkları Hemşireliği Anabilim Dalı, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2013, ss. 31-77.

⁴³⁴ İsmail Özgür Can ve diğerleri, “Adli Olguların Bildirimiyle İlgili İkilemlerde Hekimlerin Tutumları”, Adli Tıp Bülteni, Cilt:23, Sayı:1, 2018, ss.1-5.

sorudan oluşan anket formları ile 106 hekime ulaşılmış; adli olgu tanımı, adli olgu bildirim yükümlülüğü, ilgili yasal ve etik düzenlemeler konusunda haberdarlık, yasa ve etik ilkelerin çeliştiği alanlarda hekimlerin tutum ve davranışları sorgulanmıştır.”

Katılanların %96’sı TCK m.280’den haberdar olduğunu, katılanların %79’u suç belirtisine rağmen bildirim yapılmadığı takdirde uygulanacak yaptırım bilmediğini, %35’i bildirim yükümlülüğü ile etik ilkeler arasında kaldığında etik ilkeleri uygulamayı seçtiğini, yalnızca %40’ının bildirim nereye yapacağını doğru bir şekilde bilmiş, *“Bel ağrısı şikâyetiyle gelen kadın hastanın muayenesinde sırtta 4 adet eski yanık izi gözlediniz. Aile içi şiddet mağduru olarak düşünüp, adli olgu bildirimini yapar mısınız?”* sorusuna katılanların %48’i hayır yanıtını vermiş, *“17 yaşında kadın hasta, erkek arkadaşı ile cinsel ilişkiye girdiğini bildiriyor. Vajinal akıntı şikâyeti var. Muayene yapılırken annesi dışarıda bekliyor. Hasta zihinsel olarak yeterli ve bu konuyu kimsenin bilmesini istemediğini söylüyor. Adli olgu bildiriminde bulunur musunuz?”* sorusuna katılanların %23’ü yalnızca evet yanıtını vermiş olduğu gibi bulgular elde edilmiştir.

Çalışmadan; *“hekimlerin yasa ve tıbbi etik ilkelerin çeliştiğini düşündüğü, ikilemde kaldıkları, tıp etiği ile yasalar konusunda yeterli bilgiye sahip olmadıkları, hasta hakkındaki gizli tıbbi bilgilerin açıklanmasının etik ilkelerle bağdaşmadığını düşündükleri ve bu sebeple bildirimde bulunmayı tercih etmedikleri”* gibi sonuçlara ulaşılmıştır.

Yukarıda değindiğimiz anket çalışmaları bizlere genel olarak sağlık mesleği mensuplarının konuya bakış açısını anlatmaktadır. Fakat bununla birlikte ilerleyen bölümlerde değineceğimiz birçok tartışmalı hususa da ayna tutmaktadır. Bu nedenle anket çalışmalarının sonuçlarına ilişkin somut değerlendirmelerimiz aşağıda ilgili başlıklar altında yapılacaktır.

A. SUÇLA KORUNAN HUKUKSAL DEĞER

Bu suçla korunan değer ne olduğu hususu doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde bu suçla korunan hukuki değer ifade edilirken; devletin adli faaliyetleri yürütmesindeki yarar, adliye düzeninin korunması, adli fonksiyonların işlevlerinin

sağlanabilmesi⁴³⁵, adliyenin saygınlığı, adliyenin gerektiği gibi işlenmesinin sağlanarak suçların takibi ve suçlulukla mücadele, adil yargılanma hakkı gibi çeşitli birbirine yakın kavramlar kullanılmaktadır. Kullanılan bu kavramlardan yola çıkarak doktrinde bu konuda çeşitli görüşler bulunmaktadır.

Doktrinde bizim de katıldığımız hakim görüşe göre; korunan hukuki değer adliyenin yararadır⁴³⁶. Bir hükümle korunan hukuki değer in tespitinde hükmün kanun sistematığı içerisinde nerede düzenlendiği yol göstericidir. TCK m. 280'nin kanun sistematığı içerisinde düzenleme yerine baktığımızda “Adliyeye Karşı İşlenen Suçlar” başlığı altında düzenlendiğini görmekteyiz. Bir hukuk devleti kamu düzenini ve barışını sağlamak yükümlülüğü altındadır. Bu yükümlülüğün kanyağı ise ceza

⁴³⁵ Mahmut Koca ve İlhan Üzülmmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 985., *Doktrinde bir görüşe göre; bu suçla korunan hukuki değer in bildirilmesi gereken suçla korunan hukuki değer olduğu görüşü isabetsizdir. Çünkü bu suç bakımından bildirim yükümlülüğü henüz icra hareketine başlanmamış plan halinde kalan suçları kapsamamaktadır. Bu sebeple her daim bildirilecek suçun hukuki yararından söz edilemeyecektir. Yine bu suçla korunan hukuki değer in adil yargılanma hakkı olduğu da ileri sürülemeyecektir. Çünkü adil yargılanma hakkı hakkında suç isnadı bulunan kişiye ilişkin bir haktır. Fakat bu suç hakkında suçla bulunan kişiye ilişkin bir düzenleme değildir.* Levent Emre Özgüç, “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m. 280)”, İstanbul Hukuk Mecmuası, Cilt:77, Sayı:2, ss. 1003-1005.

⁴³⁶ Koca ve Üzülmmez, s. 985, Hakeri, Tıp Hukuku, s. 1183, Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, 8.Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2015, s.336, Çakmut, ss.1051-1052, Zafer, “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK M. 280)”, s.1333, Öztürk ve diğerleri, Ceza Muhakemesi Hukuku,s.1273, Ayşe Nuhoglu, “Sağlık Mesleği Mensubunun Suçu Bildirme Yükümlülüğü (TCK M. 280)”, Sağlık Hukuku'nda Dünyadaki Son Gelişmeler, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 2009, s.18., Giyik, s. 192, Gültekin, “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi”, s.106., A. Burak, Karahan, “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m. 280)”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi , Cilt:25, Sayı:2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Aralık 2019, s. 950, Sevinç Hızal Arslan, “Türk Ceza Kanununda Sağlık Personelinin İhbar Yükümlülüğü”, Ceza Hukuku Dergisi, Sayı:13, Ağustos 2013, s. 130., Selahattin Kolcu, Suçu Bildirmeme Suçu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 170, İplikçi, s. 82., Umut Yağlıdere, “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK. M. 280), Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:6, Sayı:1, Haziran 2018, s.63., Pınar Bulut, “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi”, “Sağlık Hukuku Makaleleri”, (10-17 Eylül 2011 Orhan Apaydın Konferans Salonu), 1. Bası, İstanbul Barosu Yayınları, Nisan 2012, s. 84., Furkan Koç, “Türk Ceza Hukukunda Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmeme Suçu (TCK m.280)”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Programı, Ankara, 2019, s. 52., Çetin Arslan ve Bahattin Azizağaoğlu, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi , Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2004, s.1123. Kocasakal, s. 170. Kocasakal'ın görüşü doktrinde; yazarın korunan hukuki değer bakımından bir açıklama yapmayarak yalnızca TCK m. 280'nin getirilişinin doğruluğunun değerlendirilmesi, ihbar kavramının bir yükümlülük değil de bir hak olmasını savunması karşısında neden TCK m. 278 ve 279 bakımından da aynı görüşleri savunmadığı, bildirilecek suçların sınırlandırılması veyahut bir yükümlülük olarak değil de başka bir imkanın sunulması konusunda alternatif sunmaması, bu suçun getirdiği yükümlülük sebebiyle kişilerin sağlık ve yaşam hakkının tehlikeye atıldığı iddiası karşısında ihbarın bir hak olarak sunulması halinde de bu zararın yine devam edebileceği, bu suç bakımından ihbarın hak olması gerektiği gibi hususlar bakımından eleştirilmektedir. Bakınız: Ünver, (TCK'da Düzenlenen Adliyeye Karşı Suçlar), ss. 392-394.

hukukuna hakim ilkelerden biri olan soruşturmanın mecburiliği ilkesinden gelir. Bu ilke adli teşkilatın soruşturma ve kovuşturma yapabilme güç ve yetkisini taşıması anlamına gelen kamusalılık ilkesi ile tamamlanmaktadır. Bu sebeple bu hükümle adliyenin işlerlik kazanabilmesi için suçun failinden ve fiillinden haberdar olması önemli bir husustur. Bu haberin ilgili makamlara ulaşabilmesi için de sistem zaman zaman yardıma ihtiyaç duyar. Kaldı ki suç ve suçlulukla mücadele ederek kamu güvenini ve barışını sağlayan adliye teşkilatı bir kurum olarak korunmak ve desteklenmek ihtiyacı içerisinde⁴³⁷. Aksi halde suçlulukla mücadele mümkün olmayacaktır. Bu hükümle aslında yalnızca suçlulukla değil çocuk veya yaşlı istismarı, aile içi şiddet, insanlık dışı muamele, terör suçları gibi birçok hususla mücadele amaçlanmaktadır⁴³⁸. Nitekim Yargıtay da bu görüştedir⁴³⁹.

Bununla birlikte doktrinde⁴⁴⁰; gerçeğin ortaya çıkarılması ve suçlulukla mücadele edebilmek için görevli olan kimselerin adliye çalışanları olduğu ifade edilmektedir. Bu sebeple suçlulukla mücadelede sağlık mesleği mensuplarından gelecek ihbar dışında başka kaynaklar elbette mevcuttur. Bu suçla korunan hukuki değerlerin adliye yararı olmaması gerektiği tam tersi bildirimine konu suçun mağdurunun korunması gerektiği ifade edilmektedir. Kaldı ki yine bu halde de suçun mağdurunun

⁴³⁷ Zafer, Sağlık Mesleği, ss. 1333-1334. Yazar yine aynı eserinde vatandaşın sosyal sözleşme ile devlete verilen bir görevi vatandaşına icra ettirmesinin ve bu suçun kamu görevlisi olmayan sağlık mesleği mensupları bakımından düzenlenmiş olmasının eleştiriye açık olduğu kanaatindedir. s. 1337.

⁴³⁸ Erbaş, s. 53 vd.

⁴³⁹ “Saniğa atılı sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçu adliyeye karşı işlenen suçlardan olup korunan hukuki yararın niteliği itibarıyla suçtan doğrudan doğruya zarar görmeyen ve bu nedenle de davaya katılma hakkı bulunmayan ...'ın davaya katılmasına ilişkin olarak verilen karar hukuki değerden yoksun olup hükmü temyiz yetkisi vermeyeceğinden, vekilinin temyiz isteminin 1412 sayılı CMUK'nın 317. maddesi gereğince REDDİNE...”, Yrg. 9. Cd., 11.03.2014 tarih ve 2013/16883 E. , 2014/2718 K., Yrg. 9. Cd. 06.05.2013 tarih ve 2013/2601 E. , 2013/6961 K., Yrg. 9. Cd. 09.04.2014 tarih ve 2014/3496 E. , 2014/4396 K., Yrg. 9. Cd. 29.05.2014 tarih ve 2014/1756 E. , 2014/6559 K., Yrg. 9. Cd. 05.06.2014 tarih ve 2014/834 E. , 2014/6911 K., Yrg. 16. Cd.25.03.2015 tarih ve 2015/438 E. , 2015/354 K., Yrg. 16. Cd.29.06.2016 tarih ve 2016/3260 E. , 2016/4431 K., Yrg. 5. Cd. 07.04.2016 tarih ve 2014/1488 E. , 2016/3591 K., Yrg. 16. Cd. 17.12.2015 tarih ve 2015/6054 E. , 2015/5064 K., <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (07.04.2020).

⁴⁴⁰ İplikçi, ss. 82-83. “...Destek verin, mücadele verin, sizi muhbir yapan bu madde lütfen kaldırılın... Eski Türk Ceza Kanunu'ndaki madde hastanın suç mağduru olduğu hallerde hekimin ihbar yükümlülüğünü getirmişti. Yeni Türk Ceza Kanunu hiçbir ayırım gözetmeksizin hastanın fail olabileceği halleri de kapsar şekilde hekimlere ihbar yükümlülüğü getirmiştir, hekim hasta arasındaki sır saklama zorunluluğunu yok ettiği gibi, kişilerin hayat haklarını da, yaşam haklarını da tehdit etmektedir. Çünkü kendisini ihbar edecek zorunlu bir muhbire gitmekten çekinmek insani bir kaygıdır...” Metin Fevzioğlu, “Türk Ceza Hukukunda Zorla Tedavi”, Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları, 1-3 Kasım 2007, Ankara, s. 311., <http://www.ankarabarusu.org.tr/Siteler/1940-2010/Kitaplar/pdf/s/s1-1.pdf>, (08.04.2020).

suçu bildirmek istemesi fakat buna rağmen bildiremeyecek bir konumda bulunması gerekmektedir. Bu sebeple TCK m. 280'nin mevcudiyeti bile gereksiz olup hükmün kaldırılması gerekmektedir.

Doktrinde karşı bir görüş ise⁴⁴¹; maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında adli mercilerin sağlık mesleği mensuplarından gelecek ihbarlar dışında başka araçlarının da bulunduğunu, bu sebeple aslında burada temelde korunan hukuki yararın adliye düzeni değil de ihbar edilen suçun mağduru olduğunu ifade etmektedir. Bu sebeple sağlık mesleği mensubu suç belirtisini bildirirken eğer suçun mağduru 18 yaşını bitirmiş ve temyiz kudreti yerinde bir bireyse mutlaka rızasının alınması gerekmektedir. Yine sağlık hizmetine başvuran suçun faili ise eski kanun dönemindeki gibi ihbar yükümlülüğü ortadan kalkmalıdır. Aksi bakış açısı mağduriyeti arttıracaktır.

Üzülmaz ve Zafer'e göre ise; TCK m. 280 aslında suç ceza soruşturması ve kovuşturmasına karşı işlenen bir suçtur. Burada dikkat edilmesi gereken husus özel hayatın gizliliği ile kamu düzeninin güvenliği arasında kanun koyucunun denge kurmaya çalışırken kamu yararını üstün kabul etmesidir. Aksi halde adliye faaliyetleri etkin bir şekilde yürütülemeyecek, kamusal barış sağlanamayacaktır⁴⁴².

Doktrinde⁴⁴³ bu görüş sağlık mesleği mensubuna başvuran kişinin şüpheli veya sanık olması halinde ihbar edilme korkusuna kapılacağı ve bu nedenle tedaviden kaçınacağı için bireyin yaşam ve beden bütünlüğünün zarar göreceği gerekçesiyle

⁴⁴¹ Hızal, "Türk Ceza Kanununda Sağlık Personelinin İhbar Yükümlülüğü", ss. 130-131.

⁴⁴² İlhan Üzülmaz, "Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu", Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları (V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu), TBB Yayınları, Ankara, 2008, ss.826-827, Zafer, Sağlık Mesleği, s. 1334.

⁴⁴³ Durmuş Tezcan ve diğerleri, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s.1273.

Ayrıca bu hususla ilgili Özgenç'e göre; 280. madde kapsamında işlendiğine ilişkin bilgi olunan suç bakımından müdahalenin yapıldığı kişinin suçun mağduru mu veya şüpheli/sanık konumunda olması büyük önem arz etmektedir. Buna göre ihtimallerin somut olay özelinde değerlendirilerek toplumun menfaati ile bireyin sağlık yardımından yararlanma hakkı arasında bir denge kurulması gerektiğini belirtmektedir. İzzet Özgenç, "Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğünün Kapsam ve Sınırları", Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi, Aralık-Ocak-Şubat 2007-2008, Sayı: 5, (<http://www.sdplatform.com/Dergi/169/Saglik-meslegi-mensuplarinin-sucu-bildirme-yukumlulugunun-kapsam-ve-sinirlari.aspx>), (22.03.2019)

Karşıt görüşe göre ise; hükümde suçun muhatabının fail ya da mağdur olmasına ilişkin bir ayırım yapılmamış olup her iki durumda da kişi ihbar edilme korkusuyla tedaviden kaçınacağından burada artık toplumun üstün menfaatinin değil de bireyin yaşam hakkının ve beden bütünlüğünün üstün tutulması gerekirdi. Zafer, Sağlık Mesleği, s. 1340, Üzülmaz, Sağlık Mesleği, s.833 vd., Giyik, s. 176., Deryal, "Hekimin "Sır Saklama" ve "İhbar" Yükümlülükleri", <http://www.aktuelpsikoloji.com/hekimin-sir-saklama-ve-ihbar-yukumlulukleri-2714h.htm>., Özgüç, Sağlık Mesleği, ss. 1012-1013.

eleştirilmekte ve bu durumun AİHS m. 2 ve 13'e uyumlu olmadığı belirtilmektedir. Ayrıca hastanın teşhis ve tedavi süresinde paylaştığı öyküsü büyük önem arz etmekte olup hükmün yarattığı tehlike sebebiyle hastanın öyküsünü eksiksiz ve doğru paylaşmasının önüne geçilmiş olunacaktır.

Doktrinde bir başka görüş ise⁴⁴⁴; bu hükümle temel olarak kamusal yararın koruma altına alındığı belirtilmektedir. Sağlık mesleği mensupları haberdar oldukları suçları ilgili makamlara bildirerek devletin suçla mücadelesini kolaylaştırmaktadır. Bu sorumluluğun geciktirilmesi veyahut yerine getirilmemesi doğrudan kamusal yararın zarar görmesine sebebiyet verecektir. Bu kıyaslamayı yaparken özel hayata ilişkin kişisel verilerin kamusal yararın üstün geldiği hallerde kısıtlanabileceği fakat bu kısıtlamanın sınırlarının ve koşullarının belirlenmesi gerektiği vurgulanmaktadır. Bu şekilde toplumsal menfaat ile bireyin hakları arasında sağlıklı bir denge kurulabilecektir. Fakat bu görüşü savunan yazarlar menfaatlerin tartımını yapmak ve bir denge kurmak hususunda sağlık mesleği mensuplarına bir takdir hakkının verilmesi gerektiğini savunmaktadırlar. İlerleyen aşamada hakim somut olayın özelliklerine göre sağlık mesleği mensubunun bu yetkisini kullanmasının doğruluğunu araştırarak kötüye kullanımların önüne geçecektir⁴⁴⁵.

Ünver'e göre⁴⁴⁶; bu suçla birlikte korunan hukuki değer kişinin adil yargılanma hakkıdır. Adliye düzeni aslında adil yargılanma hakkının sağlanabilmesi ve korunabilmesi adına vardır. Bu sebeple adliyenin korunması yararını, korunması gereken hukuki değer ile birbirine karıştırmamak gerekir. Adil yargılanma hakkından farklı olarak "*devletin adli yararı*" şeklinde bir hukuki değer üretmeye gerek yoktur. Çünkü adil yargılanma hakkının bir getirisi yaşam hakkı, vücut bütünlüğü gibi hakların korunması için devletin yükümlülüklerinin olması yeni bir hukuki değer doğurmayacaktır. Aksi yöndeki görüşlerin bu suçla korunan hukuki değer devlete ve kamu düzenine ait olduğunu söylerken bu suçun mağdurunun toplumu oluşturan herkes olabileceğini ifade etmeleri kendi içerisinde çelişmektedir.

⁴⁴⁴ Zafer, Sağlık Mesleği, ss. 1333-1334.

⁴⁴⁵ Zafer, Sağlık Mesleği, s. 1329.

⁴⁴⁶ Yener Ünver, Hekimin Cezai Sorumluluğu, 7 Bölge 7 Nokta Roche Sağlık Hukuku Günleri 1, İstanbul, Temmuz 2007, s. 138, Ünver, (TCK'da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar), s. 391.

Parlar ve Hatipoğlu'na göre ise⁴⁴⁷; TCK m. 280 ile sağlık mesleği mensuplarına bir kamu görevi yüklenmiş olup burada temel korunan hukuki değerin adli fonksiyonların görevlerini eksiksiz bir şekilde yerine getirebilmesidir.

Son olarak doktrinde bu suç tipiyle korunan hukuki değerin birden fazla olduğunu belirterek korunan hukuki değerin karma bir nitelik taşıdığını belirten bir görüş bulunmaktadır. Bu görüş ise hangi yararın ön plana çıktığı hususunda ikiye ayrılmaktadır.

Bir kısım yazarlar⁴⁴⁸ birinci derecede işlenmiş veya işlenmekte olan suçla korunan hukuki değerin öncelikle korunduğunu, ikinci derecede ise adliyenin yararının korunduğunu belirtmektedirler. Gerekçe olarak ise bu hükümle öncelikli amacın suçun kovuşturulması olmadığı, kanun koyucunun öncelikli amacının suçun önlenmesi olduğu belirtilmektedir.

Erbaş'a göre ise;⁴⁴⁹ kanunda suçların sınıflandırılmasında bir normun daha fazla dikkate alındığı ve buna göre bir başlık altında yer edindiği belirtilerek bu suçun da kanundaki yeri dikkate alındığında öncelikli korunan hukuki yararın adliye yararı olduğu fakat bununla birlikte işlenmiş veya işlenmekte olan suçla korunan hukuki değerin de korunduğu ifade edilmektedir.

B. SUÇUN MADDİ UNSURLARI

1. Suçun Hukuki Konusu

Suçun unsurlarını incelerken öncelikli olarak ele alınması gereken konulardan bir tanesi de suçun hukuki konusudur. Hükmün birinci fıkrasından yola çıkarak suçun hukuki konusu sağlık mesleği mensubunun görevi esnasında öğrendiği belirti gösteren suçtur. Sağlık mesleği mensubunun bildirme yükümlülüğünün doğabilmesi için belirti gösteren her türlü eylem değil suç niteliğine sahip olması gereken bir eylem bulunmalıdır⁴⁵⁰. Bu nedenle kabahatler, sözleşme yükümlülüğüne aykırılık veya

⁴⁴⁷ Ali Parlar ve Muzaffer Hatipoğlu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, Seçkin Yayıncılık, 3. Bası, Cilt:4, Ankara, 2010, s. 4323.

⁴⁴⁸ Mustafa Ruhan Erdem, "Suçu Bildirmeme Suçu", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 80, Ankara, 2009, ss. 106-107

⁴⁴⁹ Erbaş, ss. 126-127.

⁴⁵⁰ Ünver, (TCK'da Düzenlenen Adliyeye Karşı Suçlar), s.267, Tezcan ve diğerleri, s.1274.

haksız fiil teşkil eden haller artık bu kapsamda değerlendirilemeyecektir⁴⁵¹. Ayrıca hükümde “işlenmiş” ibaresine yer verildiğinden gelecekte işlenme ihtimali olan suçlar bu kapsamda kabul edilmeyecektir⁴⁵².

Doktrinde⁴⁵³ her ne kadar gelecekte işlenecek suçlar bakımından bu hüküm kapsamında bildirim yükümlülüğü bulunmasa da potansiyel mağdurların korunabilmesi adına onların uyarılmasına bir engel bulunmadığı ifade edilmektedir. Sağlık mesleği mensubunun ciddi bir suç riski karşısında potansiyel mağdurları bu konuda bilgilendirmesi hukuka uygun bir eylem olacaktır. Bu konuya detaylı bir şekilde hukuka uygunluk nedenlerinden zorunluluk hali başlığı altında tekrar dönülecektir.

Burada kanun hükmünün anlaşılması adına öncelikle “belirti” kavramı üzerinde durulması gerekir. Teknik bir kavram olarak belirti; “Bir olayın veya durumun anlaşılmasına yardım eden şey, alamet”⁴⁵⁴ veya “İspat edilecek olayın dolaylı olarak ispatına yardımcı olan vakıalar ve izler”⁴⁵⁵ gibi anlamlara sahiptir. Belirti bir olayın tamamını temsil etmeyen, olaydan geriye kalan her türlü iz ve eserdir⁴⁵⁶.

Doktrinde belirti doğal/yapay belirti⁴⁵⁷, genel/özel belirti, zorunlu olan/zorunlu olmayan belirti, olaydan önceki/olayla birlikte belirti, eşyaya ilişkin belirtiler/kişiye ilişkin belirtiler⁴⁵⁸ gibi çeşitli kategorilere ayrılmaktadır. Ayrıca doktrinde deliller “somut olaya münhasır deliller” ve “genel mahiyetteki deliller” şeklinde ikiye ayrılmakta ve belirti kavramına “genel mahiyetteki deliller”

⁴⁵¹ Erbaş, s. 137 vd.

⁴⁵² Tezcan ve diğerleri, s.1275.

⁴⁵³ Giyik, s. 208.

⁴⁵⁴ <https://sozluk.gov.tr/>.

⁴⁵⁵ Özbek ve diğerleri, Ceza Muhakemesi, s. 636.

⁴⁵⁶ Fatih Birtek,, Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, ss. 25-26.

⁴⁵⁷ “Doğal Belirti; Saniğin iradesi dışında somut olayda geriye kalan belirtilere denir. Örneğin; tükürük, ayak izi, mağdurun bedeninde bulunan kesik izleri gibi. Yapay belirti ise; Failin kendi iradesiyle veyahut bir insan tarafından belirli bir amaç doğrultusunda hazırlanan nesnelerdir. Örneğin; şapka bıçak, tabanca gibi.” Zafer, Sağlık Mesleği, s. 1339. “Doğal belirti; olayın bir parçası niteliğinde olup olayı temsil etmektedir. Fakat bu temsil tek başına yeterli olmayıp somut olayın özellikleri dikkatli bir şekilde incelenip olaya aidiyetine karar verilmelidir. Doğal belirtiye örnek olarak; bıçak, tabanca, fren izi, kan grubu gibi belirtiler örnek gösterilebilecektir. Yapay belirti ise; somut olayı yapay bir şekilde temsil eden insansı işaretlerdir. Örneğin; üniformaya takılan bir nişan, damga gibi.” , Çakmut, s. 1054.

⁴⁵⁸ Öztekin Tosun, Türk Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt:1, 4. Baskı, Acar Matbaacılık, İstanbul, 1984, ss. 7707-773.

kapsamında yer verilmektedir⁴⁵⁹. Bu ayrımlarda görüleceği üzere belirti kavramı çok geniş bir kapsama sahiptir. Doktrinde⁴⁶⁰; yalnızca vücut üzerindeki izlerin belirti niteliğinde olmadığı başvuranın üzerindeki giysilerin, üzerinden çıkan ilaç kutularının da suça ilişkin izler taşıyorsa artık belirti olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bu sebeple kanun hükmünde yer verilen “*bir belirti*” ibaresinin nasıl yorumlanması gerektiği büyük bir önem arz etmektedir.

Parlar ve Hatipoğlu’na göre⁴⁶¹; bu suç tipinde ifade edilen “*belirti*” kavramı suçun işlendiği yönünde “*yeterli şüphe*” uyandıracak nitelikte olmalıdır.

Donay ve Kaşıkçı’ya göre⁴⁶²; belirti suçun işlendiği yönündeki kuvvetli şüphe uyandıran durumlardır.

Zafer’e göre⁴⁶³; hükümdeki belirti kavramı teknik bir anlam taşımakta ve olayda arta kalan iz ve emareler bu kapsamda ele alınmalıdır.

Yaşar/Gökcan/Artuç’a göre⁴⁶⁴; buradaki belirti kavramı suça ait bütün kesinleşmiş unsurları içermemekte olup suçun işlendiğine dair maddi belirtiler niteliğindedir. Bu görüşe göre⁴⁶⁵; vücutta kesik, yara veyahut kurşun izi gibi belirtilerle karşılaşılması halinde sağlık mesleği mensubunun bu yaraların silahtan ya da kesici aletten kaynaklanması sebebiyle bildirmesi gerektiği ifade edilmektedir.

Kocasakal’a göre⁴⁶⁶; belirti objektif bir şekilde makul şüphe uyandırabilecek iz veya bulgulardan oluşmaktadır. Bu sebeple belirti kavramını suçun işlendiğine dair kesin ve mutlak bir fikir uyandıran delil olarak algılamamak gerekir. Fakat bununla birlikte somut bilgi veya iz, emare ile desteklenmeyen basit bir şüphe de bu kapsamda kabul edilemeyecektir. Kanun hükmünde belirtinin tıbbi bir belirti olması gerektiği ifade edilmemiş olup örneğin; kıyafetteki bir yırtık ya da kan izi vücutta tıbbi bir bulgu

⁴⁵⁹Metin Fevzioğlu, “Belirtilerin Şüphenin Yenilenmesindeki İşlevi ve Benzer İstinadlara Ait Delil Araçlarının Somut Olayın Çözümünde Birlikte Değerlendirilmesi”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı:1, 2000, s. 20.

⁴⁶⁰ Hızal, “Türk Ceza Kanununda Sağlık Personelinin İhbar Yükümlülüğü”, s. 134.

⁴⁶¹ Parlar ve Hatipoğlu, s. 4324.

⁴⁶²Süheyl Donay ve Mahmut Kaşıkçı, En Son Değişikliklerle Açıklamalı ve Karşılaştırmalı Türk Ceza Kanunu, Beta Yayınları, 1. Bası, İstanbul, Kasım 2005, s. 365.

⁴⁶³ Zafer, Sağlık Mesleği, s.1339.

⁴⁶⁴ Yaşar ve diğerleri, s. 8044.

⁴⁶⁵ Yaşar ve diğerleri, s. 8043., Kolcu, s. 188.

⁴⁶⁶ Kocasakal, ss. 191-194.

olmasa da artık belirti olarak kabul edilecektir. Bu şekildeki yaraların tek başına suç işlendiği izlenimini yaratmadığı, suçun işlendiği yönünde ayrıca makul şüphe aranması gerektiğini ifade etmektedir. Çünkü aksi yöndeki bakış açısı bu tarz yaraların görülmesi halinde otomatik bir bildirim yükümlülüğüne sebep olacaktır. Kişinin kendisinin bu yaralara sebep olduğu düşünülse dahi intihara teşebbüs suç olmayıp kişi kendisine karşı kasten yaralama suçunu da işleyemeyecektir. Fakat bu durumda iki istisna değerlendirilebilir.

Bunlardan ilki asker olan kimsenin kendini yaralaması veya intihara teşebbüs etmesi halidir. Askeri Ceza Kanunu'nun 79. maddesinin 1. fıkrasında *“Kendisini kasten sakatlayan veya her hangi bir suretle askerliğe yaramayacak bir hale getiren veya kendi rızasıyla bu hale getiren bir seneden beş seneye kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.”* denerek açık bir bildirim yükümlülüğünü beraberinde getirmektedir. İkinci bir ihtimal ise; TCK m. 84'te *“Başkasını intihara azmettiren, teşvik eden, başkasının intihar kararını kuvvetlendiren ya da başkasının intiharına herhangi bir şekilde yardım eden kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”* intihara azmettirme veya yardım etmeyi suç olarak düzenleyen hükümdür.

Yukarıda belirti kavramının doktrinde çeşitli şekillerde yorumlanması karşısında görüldüğü üzere hukuk dünyasında dahi bir kavram birliği görülmemektedir. Bu nedenle doktrinde belirti kavramı ile ilgili eleştirilen nokta; belirti bakımından değerlendirmeyi yapan kişinin hukukçu olması ile hekim olması arasında ciddi farklılık olduğu ve bunun haksız neticeler doğuracağı vurgulanmaktadır⁴⁶⁷. Yine doktrinde sağlık mesleği mensubunun haberdar olmadığı bir belirtiden sorumlu tutulamayacağı ifade edilmektedir⁴⁶⁸.

Nitekim Yargıtay⁴⁶⁹ bir kararında *“Yenice ilçesinde evinin balkonundan düşmesi sonucu yaralanması nedeniyle Edremit Devlet Hastanesi acil servisine adli*

⁴⁶⁷ Hakeri, Tıp Hukuku, s. 1187.

⁴⁶⁸ Hakeri, Tıp Hukuku, s. 1186.

⁴⁶⁹ Yrg. 9. Cd, 20.01.2014 Tarih ve 2013/11235 E., 2014/745 K., <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (03.05.2020).

“Suç tarihinde mağdurun Devlet Hastanesinden, Üniversite Tıp Fakültesi Hastanesi Çocuk Yoğun Bakım Ünitesine sevk edildiği, adli vaka olarak hastane polis kayıt defterine kaydının yapıldığı, hasta girişi yapıp daha sonra yoğun bakım bölümünde yatışın yapıldığı, mağdurun yatış yapıldığı günden vefat ettiğine kadar adli vaka raporu düzenlenerek sisteme aktarılmadığı ve sanığın nöbetçi hekim

vaka olarak girişı yapılıp daha sonra Nöroloji bölümüne Dr. N.. F..’in hastası olarak yatırılan ve sanığın nöbetçi hekim olarak görev yaptığı gün ölen R.. İ..’in ölüm nedeninin adli vaka olduğunu bilebilecek durumda olmayıp sınırlı bilgi ile ölüm belgesini düzenlediğinin tüm dosya kapsamından anlaşılması karşısında sanığın görevi sırasında bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaştığı ve buna rağmen durumu yetkili makamlara bildirmediği yönünde mahkumiyetine yeterli her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil elde edilemediği gözetilmeden, beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi” ni bozma sebebi olarak kabul etmiştir.

Burada belirti kavramından yola çıkarak tartışılması gereken husus tanık, mağdur veya şüpheli/sanık tarafından verilen beyana dayanılarak ihbar yükümlülüğünün doğup doğmayacağıdır.

Doktrinde bazı yazarlara göre⁴⁷⁰; kanun hükmü geniş yorumlanırsa beyan delili belirti olarak kabul edilebilecektir. Fakat beyan delilinin elde edilme şekli özel bir düzenlemeye tabi olduğundan belirti delilinden ayrı tutulması ve hükümde yer verilen belirti kavranın kanunilik ilkesi gereğince dar yorumlanması gerektiği ifade edilmektedir. Beyan ve belge delillerine ulaşma şekillerinin özel olarak düzenlenmesi ve delillerin sınıflandırılmasında ayrı bir yere sahip olmaları sebebiyle artık bu hüküm bakımından belirti olarak kabul edilmemesi gerekir. Aksi halde hükmün kapsamı önü alınamayacak derecede genişleyecektir. Artık burada kişinin beyanı delil niteliğinde olduğundan TCK m. 280 kapsamında bildirim yükümlülüğünün ortadan kalkacağı belirtilmektedir. Çünkü hükümde sağlık mesleği mensubunun bizzat belirti ile karşılaşması ve kendiliğinden öğrenmesi gerektiği anlamı çıkmaktadır. Burada beyan delilinin şüpheli veya mağdurdan olması önem arz etmemektedir. Bu sebeple bir kimsenin sağlık hizmetine başvururken gerekli olmamasına rağmen suçu işlediği

olarak görev yaptığı gün ölen M.İ’nin ise ölüm nedeninin adli vaka olduğunu bilebilecek durumda olmadığı sınırlı bilgi ile ölüm belgesini düzenlediğinin tüm dosya kapsamından anlaşılması karşısında sanığın görevi sırasında bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaştığı ve buna rağmen durumu yetkili makamlara bildirmediği yönünde atılı suçu kasten işlediğine dair mahkumiyetine yeterli her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil elde edilemediğinden ilk derece mahkemesinin kararı kaldırılarak CMK’nın 223/2-e maddesi gereğince sanığın beraatine karar vermek gerekmiştir”, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi, 3.CD, 28.12.2016 tarih ve 65/151 Karar”, Karar için bakınız: Koç, ss. 72-73.

⁴⁷⁰Tezcan ve diğerleri, s.1275, Üzülmüş, Sağlık Mesleği, s. 832. Karşı görüş için bakınız: Hakeri, Tıp Hukuku, s. 1188, Erbaş, Suçu Bildirmeme, ss.139-140., Giyik, s. 200., Koca ve Üzülmüş, s. 990., Kolcu, s. 175, 189.

yönünde beyanda bulunarak ikrar etmesi halinde TCK m. 280 kapsamında bir bildirim yükümlülüğü olmayacaktır. Fakat bir vatandaş gibi TCK m. 278 kapsamında bildirim yükümlülüğü oluşabilecektir.

Karşı görüşe göre⁴⁷¹ ise kanun koyucu hükümde belirti/beyan ayrımı yapmamaktadır. Çünkü kanun koyucu burada belirti kavramını kullanarak belge/beyan delillerinin dikkate alınmayacağını değil bildirilmesi gereken suça ilişkin kesin delillerin aranmadığını ifade etmek istemiştir.

Özgüç'e göre⁴⁷²; hükmün kapsamındaki delil kavramı dar bir şekilde yorumlanmamalıdır. Çünkü bu şekilde yorum yapılması hükmün amacına aykırı niteliktedir. Gerek TCK'da gerekse de CMK'da delil kavramı birçok farklı şekilde ifade edilmektedir. Örneğin; “*maddi eser ve delil*” (TCK m. 267), “*delil veya emare*” (TCK m. 271), “*tıbbi belirti*” (CMK m. 86) gibi. Görüldüğü üzere kanunda benzer kavramlar birbiriyle ilişkili bir biçimde kullanılmıştır. Bir delilin beyan delili olarak kabul edilebilmesi için mahkeme veya adli merciler önünde beyanın sunulmuş olması gerekmektedir. Bu sebeple yargılama süreci dışında bir kimsenin yaptığı açıklamalar beyan delili olarak kabul edilemeyecektir. Bu ifadeler ancak beş duyu organıyla algılanan dış dünyadaki olay veya olgular olarak kabul edilebilecektir. Nasıl ki bazen maddi iz ya da emareler tek başına suçun oluştuğuna dair izlenim için yeterli değil ise beyan delili bakımından da aynı husus geçerlidir. Bu sebeple beyan delilinin belirti olarak kabul edilmeyeceğini otomatik olarak kabul etmek isabetsiz olacaktır. Örneğin; hastanın seri katil olduğunu, öldürdüğü kimselerin isimlerini, kullandığı suç aletlerini söylemesine karşın artık bildirim yükümlülüğünün doğmayacağını söylemek yazara göre abestir.

Nuhoğlu'na göre⁴⁷³; beyan, belirti niteliğinde olmadığı için sağlık mesleği mensubunun belirtinin varlığı konusunda takdir yetkisinin bulunduğunu ifade etmektedir. Örneğin; on haftadan fazla olan bir gebeliğin sonlandırılması için başvuran kimsenin gebeliğinin suç sonucu olduğunu iddia etmesi halinde sağlık mesleği mensubunu gerçekliğini takdir edecektir. Ayrıca kanunda “*bir suçun işlendiği*

⁴⁷¹ Ünver, (TCK'da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar), ss. 414-417, Kocasakal, s. 193, Giyik, s. 200., Karahan, s. 955.

⁴⁷² Özgüç, “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m. 280)”, ss. 1016-1017.

⁴⁷³ Nuhoğlu, s. 22.

yönünde belirti” ifadesine yer verilmesi önem arz etmektedir. Burada anlaşılması gereken suç tanımına, suçun unsurlarına uygun bir belirti değildir. Çünkü sağlık mesleği mensubu teorik anlamda suçun unsurlarını bilmek yükümlülüğü altında değildir. Bu sebeple burada anlamamız gereken suça uygun fiile ilişkin belirtilerin bildirilmesi gerektiğidir⁴⁷⁴.

Kanaatimizce hükümdeki “*bir belirti*” kavramı muğlak bir ifade olup içerisine her şeyi dahil edebilecek vaziyettedir. Hükümün bu haline bakılarak kişinin beyanının belirti kapsamında kabul edilmeyeceğini söylemek güçtür. Kanun koyucunun buradaki maksadı sağlık mesleği mensubundan bildirmesi gereken suç bakımından; suçun işlendiğini ortaya koyan kesinlik derecesinde bir delilin beklenmediğidir. Çünkü aksi bir bakış açısı hükümün konuluş maksadına aykırı olacak ve hükmü işlevsiz kılacaktır. Elbette ki kişinin beyanı başlı başına bir suçun işlendiğini ortaya koymaya yeterli değildir. Somut olayın özelliklerine göre sağlık mesleği mensubu mesleki bilgi ve görgüsü ve hayatın olağan akışına göre belirti kavramı bakımından bir kanaat edinecektir. Fakat belirtmek gerekir ki mevcut düzenleme sağlık mesleği mensupları bakımından önü alınamayacak derecede geniş bir belirti alanı yaratmaktadır. Bu nedenle hükümdeki “*bir belirti*” kavramının gözden geçirilmesi gerekli olup yeni bir düzenleme gelene kadar yukarıda belirttiğimiz üzere sağlık mesleği mensuplarının belirli kriterler neticesinde edindiği kanaatine itibar edilmesi gerekecektir.

Nitekim aynı gerekçelerle doktrinde⁴⁷⁵; hükümün ilk fıkrasında *suç işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşılması halinde* suçu bildirme yükümlülüğü getirilirken hükümün gerekçesinde *belirtinin değil de öğrenilen işlenmiş bir suçun ihbarının bir yükümlülük olduğunun söylenmesi* kendi içerisinde çelişki yaratmaktadır. Hükümde yer verilen “*bir belirti*” kavramının çok geniş bir kapsama sahip olması, TCK m. 279’da yer verilen “*öğrenme*” kavramına burada yer verilmeyerek çok hafif bir şüphenin dahi belirti olarak kabul edilebileceği gerekçesiyle eleştirilmektedir. Çünkü düzenleme TCK m. 278 ve 279 göz önünde bulundurulduğunda aşırı bir düzenlemedir. Şöyle ki; belirti kavramının tespiti çok zor olup sübjektif bir zemine sahiptir. Belirti kişide suç işlendiği izlenimini uyandırmakta fakat suçun işlendiğinin doğrudan ispat

⁴⁷⁴ Zafer, Sağlık Mesleği, s.1341.

⁴⁷⁵ Ünver, (TCK’da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar), s.334 ve ss. 407-408, Toroslu, s. 337.

edilmesini mümkün kılmamaktadır. Bu sebeple şüphe kavramından farklı olarak daha somut ve olaylara dayanarak daha elle tutulur niteliktedir⁴⁷⁶. Hal böyle iken keyfilige sebep olup uygulamada kanunilik ilkesi zarar görebilecektir.

Doktrinde⁴⁷⁷; sağlık mesleği mensubunun hükümde ifade edildiği şekilde belirti ile karşılaşmış kabul edilebilmesi için belirtinin ilgili olduğu kimsenin “kendiliğinden” sağlık mesleği mensubuna başvurması aranmaktadır. Bunula birlikte belirtinin başvuran kişide bulunması şart olmayıp suçun failinde veya mağdurunda bulunabilecektir. Karşı görüşe göre⁴⁷⁸; madde metninde bu şekilde bir kriter yer almamaktadır. Bu şekilde bir koşul aramak hükmün amacına ve hükümle korunan hukuki değere uygun düşmemektedir. Örneğin; belirtinin ilgili olduğu kişinin kendiliğinden değil de adli süreçte sağlık muayenesinin yapılması için sevk edildiği bir halde işkence veyahut kötü muameleye maruz kaldığının tespit edilmesine rağmen aksi görüş gereğince sağlık mesleği mensubunun bildirim yükümlülüğü bulunmayacaktır.

Kanun hükmünde yer alan belirti kavramını değerlendirdikten sonra üzerinde durulması gereken husus görev esnasında öğrenme durumudur. Burada önemli olan hangi hallerin görev esnasında kabul edileceğidir. Genel hatlarıyla bakacak olursak kanun ifadesinden yola çıkarak bir sağlık mesleği mensubunun mesleğini icra ettiği esna “görev esnasında” olma halidir. Kanun hükmünde “görev esnasında” kavramından ne anlaşılması gerektiği yeterince açık değildir. Bu kavramla görevin icra edildiği zaman dilimi mi yoksa mesleğin icra edildiği bir an mı kast edilmektedir? Öncelikle bu sorunun yanıtlanması gerekir.

Doktrinde bir görüşe göre⁴⁷⁹; görev esnasında olmak ile yalnızca mesleğin icra edilmesi arasında teknik anlamda farklılık bulunmaktadır. Görev esnasında olmak

⁴⁷⁶ Nuhoglu, s. 22.

⁴⁷⁷ Tezcan ve diğerleri, s.1275., Yavuz Erdoğan, “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmeme Suçu”, Legal Hukuk Dergisi, Sayı:76, Nisan 2009, s. 1106.

⁴⁷⁸ Kocasakal, s. 195, Karahan, s. 956., Kolcu, s. 190., Koç, s. 73.

⁴⁷⁹ Erbaş, s. 131. Gültekin, s.107., ““ Sanık hakkında her ne kadar sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçunu işlediğinden bahisle kamu davası açılmış ve ilk derece mahkemesi tarafından sanığın cezalandırılmasına karar verilmiş ise de; sanığın Tabip Teğmen olarak görev yaptığı esnada, M.Ç. ile birlikte birlik dışına çıktıkları, gece yarısından sonra durdukları bir büfe önünde M.Ç'nin bir şahıs ile yaşadığı tartışma sonucunda bıçaklanmak suretiyle yaralandığı ve bu sırada sanığın da olay yerinde olduğu anlaşılmıştır. Sanık daha sonra M.Ç'yi askeri hastane revir baştabipliğinden gelen bir ambulans ile baştabipliğe götürmüş, gerekli tedavisinin yapılmasını sağlamıştır. Sanık somut olayda

mesleğin icra edilmesinden daha dar bir anlam taşımaktadır. Kanun koyucu hükümde özellikle görev esnasında diyerek kapsamı sınırlandırmak istemiştir. Bu sebeple sağlık mesleği mensubu tıbbi bir hizmet sunmakla birlikte görev esnasında değil ise, yalnızca tanık konumunda veyahut izinde ise öğrendiği belirti bakımından TCK m. 280 kapsamında artık bildirim yükümlülüğü doğmayacaktır. Örneğin; komşusunun ricası üzerine evine giderek tıbbi hizmet sunan hekim bu esnada suça ilişkin bir belirti ile karşılaşırsa artık TCK m. 280 kapsamında bir bildirim yükümlülüğü doğmayacaktır. Çünkü her ne kadar hekim burada bir tıbbi hizmet sunuyor olsa da aslında komşusunu tedavi etmek yükümlülüğü altında değildir⁴⁸⁰.

Aynı görüşteki bir başka yazara göre⁴⁸¹; sağlık mesleği mensubunun izinde iken karşılaştığı suç belirtilerini bildirmemesi halinde ne TCK m. 280 ne de TCK m. 278 oluşacaktır. Çünkü m. 280'nin oluşabilmesi için görev esnasında olunması gerekir, m. 278'in oluşabilmesi için ise işlenmiş bir suç değil de işlenmekte olan veyahut işlenmiş olmakla birlikte, sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması hâlen mümkün bulunan bir suçun bulunması gerekmektedir.

Aksi yönde görüş belirten Kocasakal'a göre⁴⁸²; bu görüş görev esnasında olmayı sağlık hizmeti sunulması hususunda görevli kılınmak şeklinde tanımlarken bir yandan da sağlık hizmetinin sunulmasına rağmen verilen örneklerle hekimin sunduğu hizmetin görev esnasında olmadığını iddia etmektedir. Ayrıca bu görüşü savunan yazarlar görev kavramını yanlış anlamakta, görev kavramı bir yükümlülüğü değil aslında tıbbi hizmet sunulabilmesi bakımından bir hak ve yetkiyi ifade etmektedir. Yazarların verdiği örnekte hekim hak ve yetkisi kapsamında tıbbi bir hizmet sunmuş olup bu hal artık görevin ifası kapsamında kabul edilecektir⁴⁸³.

aynı zamanda olayın tanığıdır. Yaralanan M.Ç. ile birlikte olay mahallinde bulunmaktadır. Sanığın olay anında sağlık mesleği mensubu olarak görev yapması söz konusu olmayıp, olayın tanığı olması nedeni ile yaralı olan şahsı tedavi için askeri sağlık kuruma götürmekten ibaret eylemi nedeni ile atılı suçun unsurlarının oluşmayacağı, zira sanığın olay nedeni ile askeri birliğindeki nöbetçi amirliğe bilgi vermemiş olması hakkında ancak idari bir soruşturma yapılmasını gerektirecektir. Açıklanan gerekçelerle sanığın üzerine atılı bulunan suçun yasal unsurlarının oluşmaması nedeni ile beraatine karar verilmesi gerektiği anlaşılmıştır”, İzmir Bölge Adliye Mahkemesi, 2.CD, 05.10.2017, 2386/2360.”, Karar için bakınız: Koç, ss. 63-64.

⁴⁸⁰ Nuhoglu, s.22.

⁴⁸¹ Arslan ve Azizağaoğlu, ss. 1123-1124.

⁴⁸² Kolcu, s. 192.

⁴⁸³ Kocasakal, ss. 196-198., Aynı yönde: Hızal, “ Türk Ceza Kanununda Sağlık Personelinin İhbar Yükümlülüğü”, s. 133, Karahan, s. 956.

Kocakasal’a göre; görev esnasında kavramından anlaşılması gereken “*mesleğin icra edildiği, sağlık hizmeti verilen*” andır. Kanun hükmünde görev kavramının kullanılması hatalı olmuştur. Bu hükümle kamu görevlisi olmayan sağlık mesleği mensupları kast edildiği için onlar bakımından bir görev söz konusu değildir. Bu sebeple aslında görev esnasında olma ile tıbbi hizmetin verilmesi/ mesleğin icrası aynı anlama gelmektedir. Burada görev kanundan kaynaklanan bir yükümlülük olmayıp tam tersi bir hak ve yetkiyi ifade etmektedir. Görevin icrası mekan ile ilgili bir husus olmayıp tamamen mesleğin icrası ile ilgilidir. Yine mesai saati gibi bir zamansal sınırlama bulunmamaktadır. Sağlık mesleği mensubunun mesai saatleri içerisinde belirti ile karşılaşmış olması tek başına yeterli olmayıp aynı zamanda mesleğini icra ediyor olması gerekmektedir.

Ünver ise bu görüşü şu şekilde eleştirmektedir⁴⁸⁴: yazarın kavramları birbirine karıştırarak görev kavramının kamu görevlisi sağlık mesleği mensubuna ait olduğu hususundaki ifadeleri isabetsizdir. Görev kavramının içerisinde sağlık hizmeti sunulmayan anları barındırıyormuş gibi bir bakış açısı hatalıdır. Çünkü sağlık mesleği mensupları çeşitli görevleri icra edebilirler. O yüzden yazarın sağlık hizmeti, tedavi hizmeti gibi farklı kategorilere bölmesinin hukuki zemini bulunmamaktadır. Bir diğer husus yazarın görev kavramının bir yükümlülük değil de hak ve yetki olduğunu iddia etmesidir. İlgili kişinin rızası bulunmaksızın sağlık mesleği mensubunun mesleği icra edemeyeceği dikkate alındığında artık burada bir yetkiden veya haktan söz edilemeyecek görev kavramı doğrudan bir yükümlülüğü içerecektir.

Yine aksi yöndeki bir başka görüşe göre;⁴⁸⁵ görev esnasında olma kavramı ile mesleği icra etmek kavramlarının aynı anlama gelir ve izinde olan bir hekimin istek üzerine gidip tıbbi müdahalede bulunması hali m.280 kapsamında değerlendirilecektir. Çünkü burada önemli olan sağlık mesleği mensubunun görevinin başlamış olmasıdır.

Hükümde dikkat edileceği üzere “*görev nedeniyle*” değil “*görev esnasında*” kavramı özellikle tercih edilmiştir. Kelime anlamından yola çıkarak bir zaman diliminin kast edildiği düşünülebilir. Kanaatimizce burada anlaşılması gereken

⁴⁸⁴ Ünver, (TCK’da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar), ss.402-403.

⁴⁸⁵ Zafer, Sağlık Mesleği, s.1338, Erbaş, s. 131, Yaşar ve diğerleri, ss. 8042-8043., Gültekin, “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi”, s.107.

mesleğin icra edildiği herhangi bir an olup bu şekilde bir zamansal sınırlama getirmek hükmün amacına aykırılık teşkil edecektir⁴⁸⁶. Nitekim bu halden yalnızca işyeri, muayenene veya sözleşme kapsamında herhangi bir iş yerinde görevin icrası anlaşılmamalıdır. Başka bir ifadeyle görev esnasında olma yalnızca mekânsal bir değerlendirmeyi kapsamamakta sağlık mesleği mensubunun işyeri dışında çağrı üzerine giderek görevini icra etmesi de bu kapsamda değerlendirilmelidir. Çünkü burada önemli olan husus meslek ve sanatın o esnada icra ediliyor olmasıdır⁴⁸⁷.

Görev esnasına olma halini detaylı değerlendirmek için mesleki düzenlemelere bakılması gerekmektedir. Öncelikle Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 3. maddesinde *“Tabip, vazifesi ve ihtisası ne olursa olsun, gerekli bakımın sağlanamadığı acil vakalarda, mücbir sebep olmadıkça ilk yardımda bulunur. Dış tabibi de, kendi sahasında aynı mükellefiyete tabidir.”* şeklinde sadece hekimlere özel ayrı bir görev esnasında olma hali düzenlenmiştir. Hükümde açıkça görüldüğü üzere uzmanlık alanına girmese dahi hekimlere acil durumlarda ilk yardımda bulunma zorunluluğu getirmiştir. Hükümle ilgili dikkat edilmesi gereken husus bu yükümlülük yalnızca hekimler için getirilmiş olup tüm sağlık mensuplarını kapsamamaktadır. Burada değerlendirilmesi gereken husus yukarıda sözü edilen 3. maddenin görev esnasında olma hali olup olamayacağıdır.

Kanaatimizce hükmün getiriliş amacı ve lafzı dikkate alındığında açıkça görev esnasında olma haline bir ekleme yapıldığı görülmektedir. Bu sebeple ilk yardım esnasında yalnızca hekimler bakımından m.280 kapsamında bildirim yükümlülüğü doğacaktır. Çünkü madde metninde görevin zorunlu veyahut ihtiyari olması bakımından bir ayırım yapılmamış olup acil müdahale/ ilk yardım hallerinde de bittabi bir suç belirtisi ile karşılaşmak mümkündür⁴⁸⁸.

Bir diğer düzenleme ise 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanununda bulunan 32. maddedir. Hükümde *“Hususi hastaneler ihtisas daireleri içinde bulunan ve resmi makamlar tarafından para ile tedavi edilmek üzere gönderilen hastaları alır ve tedavi ederler. Ani bir arıza veya kaza neticesinde müstacelen tedaviye muhtaç olan*

⁴⁸⁶ Zafer, Sağlık Mesleği, s.1338., Kolcu, s. 192.

⁴⁸⁷ Koca ve Üzülmöz, s.987, Üzülmöz, Sağlık Mesleği Mensupları, ss. 828-829., Çakmut, s. 1053, Yaşar ve diğerleri, s. 8045., Hızal, “ Türk Ceza Kanununda Sağlık Personelinin İhbar Yükümlülüğü”, s. 133.

⁴⁸⁸ Üzülmöz, Sağlık Mesleği Mensupları, s. 829., Kocasakal, s. 198.

şahısların hususi hastanelere müracaat veya nakillerinde hastanece derhal acele tedavilerini yapmak mecburidir.” demek suretiyle görev esnasında olma hali bakımından kanun koyucunun devlet hastanesi ya da özel hastane ayrımı yapmadığı açıkça görülmektedir.

Görev esnasında olma kavramı ile ilgili değinilmesi gereken bir diğer husus “*ıcap nöbeti*” olarak adlandırılan sağıık mesleğı mensuplarının ıcapçılık yükümlülüğüdür. İcap nöbeti telefonla çağrı üzerine çalışma (oncall) olarak tanımlanabilecek tüm dünyada belli ölçülerde uygulanan bir yaklaşım şeklidir. İcap nöbetlerinin mesai saatleri dışında gün boyunca tutulması (day float) mümkün olabildiğı gibi, mesai saatleri dışında bölünerek örneğın; 17.00- 24.00 arasında ve 24.00-08.00 arasında tutulması da (night float) mümkün olabilmektedir.

Bu sistem uygulamada göz ardı edilemeyecek oranda sağıık mesleğı mensubunu etkileyen bir iş yükünü beraberinde getirmektedir. Türk Tabipleri Birliğı tarafından düzenlenen “*Hekimlerin Çalışma Koşulları, İş Yüğü ve İş Gücüne İlişkin Ortak Görüş 2010 Anket Verileri*” raporuna göre pratisyen hekimlerin %11.3’ü, uzman hekimlerin %36.8’i ve asistan hekimlerin ise %3’ü ıcapçılık yükümlülüğünü yerine getirmektedir⁴⁸⁹. Özellikle hastanelerde acil servislere yapılan başvuruların aşırı derece fazla olması “*sürekli*” ıcap nöbetlerine ihtiyaç doğuran süreci tetiklemektedir. Hal böyle iken sağıık mesleğı mensubunun ıcap nöbeti esnasında da görev esnasında olduğunun kabulü gerekir.

Görev esnasında olma kavramı ile ilgili bir diğer dikkat edilmesi gereken husus meslek icrasının gerçekleştiğı alanda olması tek başına yeterli olmayıp aynı zamanda tıbbi bir hizmet verilmesi gerektiğı unutulmamalıdır⁴⁹⁰. Başka bir deyimle görev yerinde olup tıbbi bir hizmet sunmayan sağıık mesleğı mensubunun artık m.280 kapsamında yükümlülüğü bulunmayacaktır. Doktrinde bir görüşe⁴⁹¹ göre kanun koyucu hükümde suçun işlendiğı yönündeki belirtinin görev sırasında öğrenilmesini

⁴⁸⁹ Türk Tabipler Birliğı, İcapçılık Yükümlülüğü, Türk Tabipler Birliğı Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 2016, s. 7 ve 11, https://www.ttb.org.tr/kutuphane/icapcilik_rapor.pdf, (03.05.2020).

⁴⁹⁰ Erbaş, s. 131., Yağıhdere, s. 68.

⁴⁹¹ Toroslu, s. 337., Nejat Öztürk, Türk Ceza Kanunu Şerhi ve Tatbikatı, Cilt:3, Balkanoğılu Matbaacılık, Ankara, 1996, s. 536.

yeterli görmekte görev ile herhangi bir ilişki aramamaktadır. Bu sebeple sağlık mesleği mensuplarının sorumluluk alanı çok genişlediği için eleştirilmektedir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki görevin icrası esnasında belirti ile karşılaşmak gerekli olup ayrıca görevle bağlantılı olarak suça ilişkin belirti ile karşılaşılması gerekmektedir. Örneğin; sağlık mesleği mensubunun muayene esnasında hastanın telefon konuşmalarından ya da cebinden düşen bir kağıttan suç işlendiğini öğrenmesi halinde artık TCK m. 280 uygulanmayacaktır⁴⁹². Yine belirtmek gerekir ki görev esnasında olmayıp sağlık mesleği mensubunun özel olarak haricen öğrendiği suçları bildirme yükümlülüğü artık 280’inci madde kapsamında değerlendirilemeyecektir⁴⁹³. Örneğin; sağlık mesleği mensubunun izinde olduğu bir esnada belirti ile karşılaşması halinde artık TCK m. 280 kapsamında bildirim yükümlülüğü söz konusu olmayacaktır⁴⁹⁴.

Bu açıklamaların ardından bir diğer değerlendirmemiz gereken husus “*bir belirti ile karşılaşma*” ifadesinden ne anlamamız gerektiğidir.

Öğrenme kavramı bakımından doktrinde sağlık mesleği mensubunun “*belirti*” ile kendiliğinden karşılaşması gerektiği kast edilmektedir. Ayrı ve özel bir çaba ile belirtinin araştırılması beklenmemektedir⁴⁹⁵. Burada sağlık mesleği mensubunun “*bizzat*” ve “*kendiliğinden*” belirti ile karşılaşması gerekir. Yani üçüncü bir kişiden duyması halinde artık bildirim yükümlülüğü ortadan kalkacaktır. Nitekim kanun hükmünde “*bir suçun öğrenilmesi*” denmemekte “*bir belirti ile karşılaşma*” ibaresi kullanılmaktadır⁴⁹⁶.

Aynı görüşteki Zafer’e göre⁴⁹⁷; teşhis veya tedavi sürecine katılmış olsa bile suç belirtisiyle doğrudan karşılaşmamış sağlık mesleği mensubunun bildirim yükümlülüğü bulunmamaktadır.

⁴⁹² Ayrıca TCK m. 279 bakımından suçun yalnızca görev esnasında öğrenilmesi yeterli olmayıp aynı zamanda görev ile bağlantılı olması arandığından kamu görevlisi sağlık mesleği mensupları bakımından da iki hüküm birlikte yorumlandığında aynı koşul aranacaktır. Nuhoğlu, s. 22.

⁴⁹³ Hakeri, Tıp Ceza Hukuku, s. 1184, Tezcan ve diğerleri, ss.1275-1276.

⁴⁹⁴ Çakmut, s. 1053.

⁴⁹⁵ Kocasakal, s. 191.

⁴⁹⁶ Kocasakal, s. 193, 200.

⁴⁹⁷ Zafer, Sağlık Mesleği, s. 1337.

Karşı görüş ise⁴⁹⁸; hastanın beyanını belirti olarak kabul ederken üçüncü bir kişinin beyanının belirti olarak kabul edilmemesini anlamlandıramamaktadır. Üçüncü kişinin beyanı bittabi belirti olarak kabul edilebilecektir. Örneğin; hasta küçüğün ebeveyninin beyanı belirti niteliğinde kabul edilebilecek olup eğer bir suça ilişkin ise sağlık mesleği mensubunun bunu bildirmesi gerekecektir. Çünkü hükümde “*olaya şahit olmak*” gibi bir kavrama yer verilmemiştir.

Kanaatimizce sağlık mesleği mensubu üçüncü kişinin beyanını somut olaydaki diğer hususları da –hastanın beyanları, tıbbi bulgular ve gözlemler gibi- göz önünde bulundurarak bütüncül bir bakış açısı ile değerlendirmelidir. Örneğin; darp edilmiş bir kadının komşusuyla beraber hastaneye gelmesi ve komşusunun hekime eşi tarafından sürekli şiddet uygulandığını söylemesi halinde artık bu beyanın suç ihbarında dikkate alınmayacağını ve sağlık mesleği mensubunun bildirim yükümlülüğü olmadığını düşünmek abes kaçacaktır.

Son olarak hükümde “*işlenmiş veya işlenmekte olan*” suçlar kavramından ne anlamamız gerektiği önem arz etmektedir. Kanun hükmünde “*bir suçun işlendiği yönünde belirti*” ibaresine yer verilmiştir. İşlenen kavramından anlamamız gereken işlenmiş veyahut işlenmeye devam eden bir suçtur. TCK m. 278’te herkesin suçu bildirme yükümlülüğü düzenlenirken hükmün gerekçesinde “*Bu maddeye göre, suçu bildirmeme suçunun oluşabilmesi için henüz icrası devam etmekte olan bir suçun varlığı gereklidir. İcrası tamamlanmış olmakla birlikte, sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması hâlen mümkün bulunan bir suçun yetkili makamlara bildirilmemesi hâlinde de bu suç oluşur.*” şeklinde bir tanımlama yapılmakta ve bu tanımlama m. 280 bakımından da geçerli kabul edilmektedir. Hal böyle iken gelecekte işlenmesi olası suçlar bakımından hüküm kapsamında bildirme yükümlülüğü bulunmamaktadır.

Doktrinde bu durum⁴⁹⁹; gelecekte ihlal tehlikesi taşıyan hukuki değerlerin korunmasına ilişkin bir bildirim kapsamaması bakımından hükmün düzenlemesinin yetersiz olması sebebiyle eleştirilmektedir.

Yukarıda eski kanun döneminde yapılan karşılaştırmada kabahatlerin artık TCK m. 280 bakımından bildirim yükümlülüğü kapsamında olmadığını belirtmiştir.

⁴⁹⁸ Ünver, (TCK’da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar), s.409.

⁴⁹⁹ Erbaş, s. 137.

Ayrıca TCK m. 280'e baktığımızda suç tipi açısından herhangi bir ayırım yapılmaksızın işlenmiş veya işlenmekte olan suç denerek genel bir tanımlama yapmıştır. Bu sebeple suçun kasten ya da taksirle işlenebilir bir suç olması veya hata teşebbüs aşamasında kalması, suça kanunda öngörülen yaptırımın ağırlığı ya da hafifliği gibi hususlar önem arz etmemektedir⁵⁰⁰.

Doktrinde bir görüşe göre⁵⁰¹; bu hükümde bildirilmesi istenen suç olduğu ve bildirim yükümlülüğünün doğabilmesi için en azından teşebbüs aşamasında bir suçun bulunması gerekmektedir. Bu sebeple henüz icra hareketlerine başlanmamış hazırlık hareketi olarak nitelendirilebilecek eylemlerin bu suç kapsamında bildirilmesi beklenmemektedir. Belirtmek gerekir ki suçun yurtiçinde veya yurtdışından işlenmiş olması önem arz etmemektedir. Temel kıstas söz konusu suçun Türk hukuk sistemine tabi olması ve yargı yetkimizin bulunmasıdır⁵⁰².

Bildirilecek olan suç mala karşı bir suç olabileceği gibi bir başka hukuki değere yönelik te olabilir. Doktrinde⁵⁰³ insan bedeninde iz bırakabilecek her türlü suçun bu kapsamda bildirilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Örneğin; trafik kazası, zehirlenme, elektrik çarpması, boğulma, iş kazası gibi. Kocasakal ise⁵⁰⁴; bu verilen örnekler bakımından somut olayın özelliklerine göre meydana gelme sebebinin bir suçtan kaynaklı değil de tesadüf veya kazaen olduğu açık bir şekilde anlaşılıyorsa artık bildirim yükümlülüğünden söz edilemeyeceğini ifade etmektedir.

Kanaatimizce burada insan bedeninde bir iz bulunması başlı başına suç işlendiğine ilişkin bir belirti olarak kabul edilmemelidir. Somut olayın özelliklerine göre kişinin beyanı, yanında bulunan kimselerin beyanı, izin niteliği gibi birçok husus bütüncül bir şekilde değerlendirilerek bir kanaate varılmalıdır.

Burada önemli olan bir diğer husus şikayete tabi olan suçların da bu kapsama dahil edilmiş olmasıdır. Bildirilmesi gereken suçun; kamu adına kovuşturulan herhangi bir suç olması yeterlidir. 765 sayılı TCK döneminde 530. maddede “*şahıslar*

⁵⁰⁰ Tezcan ve diğerleri, s. 1274., Çakmut, s. 1053, Üzülmmez, Sağlık Mesleği Mensupları, s. 830, Erbaş, ss. 132-134. Kocasakal, s. 185., Zafer, Sağlık Mesleği, s. 1341, Erdoğan, s. 1105, Erdem, “Suçu Bildirmeme Suçu”, s. 111., Koca, “Çocuk İstismarında İhbar Yükümlülüğü”, s. 125.

⁵⁰¹ Karahan, s. 958.

⁵⁰² Zafer, Sağlık Mesleği, s. 1342.

⁵⁰³ Gültekin, “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi”, s. 109.

⁵⁰⁴ Kocasakal, s. 189.

aleyhinde işlenmiş bir cürüm” demek suretiyle yalnızca kişilere karşı işlenen suçları bu kapsamda kabul etmekteydi. Fakat yeni kanun döneminde suçla mücadeleyi etkin kılmak adına kanun koyucu aşırı geniş bir kapsam belirleyerek re’sen ya da şikayet üzerine soruşturulan ya da kovuşturulan bir suç ta bu kapsama dahil edilmiştir⁵⁰⁵. Bu durum doktrinde çeşitli tartışmalara neden olmuştur.

Doktrinde⁵⁰⁶; şikayet ile temelde iki amacın korunduğu ifade edilmektedir. Bunlardan ilki suçtan zarar görenin ceza soruşturması ve kovuşturulmasına başlanmasının başlanmamasına nazaran daha fazla zarar verme ihtimalini önlemektedir. İkinci amaç ise bazı suçların kamu düzenini bozma ihtimali pek zayıf olduğundan şikayete tabi tutularak adli mekanizmanın işleyişine yük olunmamasıdır. Fakat mevcut düzenlemelerimizde temelde mağdur yararı ön planda tutulmuştur. Bu durumda kişi şikayet etmezken veyahut şikayet hakkından feragat ederken halen sağlık mesleği mensubunun m. 280 kapsamında sorumlu tutulması şikayet ile hedeflenen temel amaçlara aykırı niteliktedir.⁵⁰⁷ Bunun sebebi kanun koyucunun sağlık mesleği mensubuna ihbar yükümlülüğü getirirken bir yandan belirtinin şikayete tabi bir suç olup olmadığını araştırma külfetinden kurtarmak istemesi olabilir⁵⁰⁸.

⁵⁰⁵ Çakmut, s. 1053., Tezcan ve diğerleri, s.1274., Erdoğan, s. 1105., Kolcu, ss. 182-183., İplikçi, ss.86-87.

⁵⁰⁶ Donay, Meslek Sırrı, ss. 177-178.

⁵⁰⁷ Ünver, (TCK’da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar), s. 410., Hızal, “Türk Ceza Kanununda Sağlık Personelinin İhbar Yükümlülüğü”, s. 1345., Yağlıdere, s. 68., Bulut, s. 87.

“Yargıtay’ın verdiği bir onama kararında; ilk derece mahkemesinin (Antalya 1. SCM 2012/576 Esas sayılı kararı) doktor olan sanığın özel muayehanesine getirilen 16 yaşındaki mağdurun sanık tarafından gebe olduğunu anlaşılması ve mağdurun hakkında soruşturma yapılan biriyle ilişkiye girdiğini öğrenmesine karşın suçu bildirmemiştir. İlk derece mahkemesi şikayete bağlı suçlar bakımından doktor olan sanığın bildirim yükümlülüğünün bulunmadığına karar verilmiştir.” Karar için bakınız: Kolcu, ss. 195-197.,

Nitekim Yargıtay ilk derece mahkemesinin kararının *“Yapılan yargılama sonunda sanığa yüklenen fiilin Kanunda suç olarak tanımlanmamış olduğu gerekçeleri gösterilerek mahkemece kabul ve takdir kılınmış olduğundan, Cumhuriyet savcısının yerinde görülmeyle temyiz itirazlarının reddiyle beraate ilişkin hükmün ONANMASINA”* karar vermiştir. Yrg. 9. Cd. 09.09.2014 Tarih ve 2014/24 Esas 2014/8725 Karar, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (07.04.2020).

⁵⁰⁸ Nitekim 765 sayılı TCK’nın 530. Maddesi düzenlenirken yapılan kanun tartışmalarında “takibi şikayete bağlı suç” kavramının hükme engellemesinin isabetsiz olacağı ifade edilmiştir. Çünkü sağlık mesleği mensubundan bir suçun şikayete tabi olup olmadığını beklemek mümkün değildir. Aksi bakış açısı hükmün uygulanabilirliğini imkansız kılacaktır. Erem, TCK Şerhi, s. 2583., Üzülmüş, Sağlık Mesleği Mensupları, s. 831., Koca, “Çocuk İstismarında İhbar Yükümlülüğü”, ss. 125-126., Zafer, Sağlık Mesleği, s. 1341., Ünver, (TCK’da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar), s.411., Gültekin, “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi”, s. 108., Yazar şikayete tabi suçların bu kapsamda olmasına rağmen yukarıda sunulan eleştirilere katılmakta ve hükmün kapsamından çıkarılması gerektiğini ifade etmektedir. Bakınız: Karahan, ss. 957-958.

Fakat burada mağdur kimse en kısa sürede tedavi olup oradan ayrılmak isterken sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmesi halinde en azından ifade vermek mecburiyetinde kalacak ve bu halde kendisini bir soruşturma veya kovuşturma süreci içerisinde bulacaktır. Hal böyle iken kişi tedavisini yaptırıp yaptırmamak arasında kararsız kalacaktır⁵⁰⁹. *Örneğin*; 17 yaşında hamile kalıp doğum uzmanına giden kadının evli olmayışı nedeniyle kendi şikayetçi olmasa bile sağlık mesleği mensubu m. 280 kapsamında sorumlu olacaktır⁵¹⁰. Hal böyle iken doktrinde kapsamın bu derece geniş olmasının haklı bir gerekçesi olmaması nedeniyle eleştirilmektedir⁵¹¹. Çünkü bazı suçların şikayete bağlı kılınması aslında o suçların kamu yararından ziyade daha çok kişisel menfaatlara zarar vermesinden kaynaklanmaktadır. Bu sebeptir ki kişiye suçtan zarar görenin failin cezalandırılması konusundaki iradesi üstün tutulmuştur⁵¹².

Erbaş'a göre⁵¹³; şikayete tabi suçlar bu suçun kapsamında olup sağlık mesleği mensubunun suçun şikayete tabi olup olmadığı noktasında araştırma külfetinden kurtarılması bakımından yerinde bir düzenlemedir⁵¹⁴. Ayrıca sağlık mesleği mensubunun şikayete tabi bir suçu bildirmesi gerektiği zaman soruşturma veya kovuşturma yapılabilmesi için suçtan zarar görenin iradesi önem arz edecektir. Bu durumun en temel faydası; bazı suçların gizli kalmasının önüne geçilecek, mağdurun suçla olan ilişkisinden haberdar olmadığı ve şikayet etme imkanının olmadığı haller bakımından faydalı olacaktır.

Doktrinde⁵¹⁵ yukarıdaki görüşün kanun koyucunun hatasını gizlemek için suni bir gerekçe olduğu ifade edilmektedir. Gerekçe olarak ise; bir hukukçunun bir tüm suçlar bakımından hangisinin şikayete tabi olacağını bilmesi mümkün değil iken sağlık mesleği mensuplarının bilebileceğini düşünmek abestir. Yine CMK 90/3'te

⁵⁰⁹ Nuhuğlu, s. 21.

⁵¹⁰ Hakeri, Tıp Hukuku, s. 1184.

⁵¹¹ Hakeri s. Tıp Hukuk, s. 1184, Üzülmöz, Sağlık Mesleği Mensupları, s. 831, Ünver, Hekimin Cezai Sorumluluğu, s. 269., Özgüç, "Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m. 280)", ss. 1011-1012.

⁵¹² Nuhuğlu, s. 21., Hızal, " Türk Ceza Kanununda Sağlık Personelinin İhbar Yükümlülüğü", s. 135., Hızal, "Türk Ceza Kanunun'daki Düzenlemeler Işığında Psikiyatristlerin İhbar Yükümlülüğü ve Hasta Mahremiyetinin Sınırları", ss. 582-584.

⁵¹³ Erbaş, ss. 72-73. Giyik, s. 198., Erdoğan, s. 1106., Koç, s. 69., Mahmutoglu, Çocuklara Yönelik Cinsel İstismar Suçu, s. 342.

⁵¹⁴ Zeki Hafızogulları ve Bülent Hayri Acar, "Suçu Bildirmeme Suçları", Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:2, Sayı:1, Ocak 2016, s. 197.

⁵¹⁵ Ünver, (TCK'da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar), ss.411-412.

“Soruşturma ve kovuşturması şikâyeteye bağlı olmakla birlikte, çocuklara, beden veya akıl hastalığı, malûllük veya güçsüzlükleri nedeniyle kendilerini idareden aciz bulunanlara karşı işlenen suçüstü hallerinde kişinin yakalanması şikâyeteye bağlı değildir.” demek suretiyle istisna tanınmakta, yine her kolluk görevlisinin karşılaştığı suçun şikayete tabi olup olmadığını bilemeyeceği beklenmezken bu suç bakımından aksi düşünülemez. Kaldı ki kanun koyucu TCK m. 279 bakımından açık bir şekilde şikayete tabi suçları kapsam dışında tutarken TCK m. 280 bakımından bu şekilde bir düzenleme yapmaması açık bir şekilde kanun koyucunun hataya düştüğünü göstermektedir.

Bu eleştiriye ek olarak doktrinde bir görüş⁵¹⁶ her ne kadar hükümde suç tipine ilişkin hiçbir sınırlama yapılmasa da ve Eski TCK’da kamu adına kavuşturulması gereken suç olması gerektiği belirtilmese de m. 280’deki suç kavramından “*kamu adına kovuşturulması gereken suç*” un anlaşılması gerektiği belirtilmektedir.

Kocasakal’a göre⁵¹⁷; şikayete tabi suçlar bu suçun kapsamında değildir. Çünkü şikayette mağdurun iradesi temel unsur olup iradesinin yokluğunda kovuşturma yapılamayacak ve hiçbir mercii bu iradenin yerini alamayacaktır. Artık böyle bir halde kamu yararının zarar gördüğü de söylenemez.

Buna karşın doktrinde bazı yazarlara göre⁵¹⁸ TCK m. 280 bakımından suçun re’sen soruşturulması veya kovuşturulması bakımından bir kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. TCK m. 279’da kastedilen suç re’sen soruşturulması ve kovuşturulması gereken bir suç olduğundan bu hüküm bakımından da geçerli olacaktır. Bu sebeple sağlık mesleği mensubunun şikayete bağlı bir suçla karşılaşması halinde artık bunu bildirmeyebileceğini ve bu eyleminin suç oluşturmayacağını ifade etmektedir⁵¹⁹.

⁵¹⁶ Süheyl Donay ve Mahmut Kaçıkçı, En Son Değişikliklerle Açıklamalı ve Karşılaştırmalı Türk Ceza Kanunu, Beta Yayınları, 1, Bası, İstanbul, Kasım 2005, s.376.

⁵¹⁷ Kocasakal, s. 183.

⁵¹⁸ Toroslu, ss. 336-337.

⁵¹⁹ Çakmut, s. 1053., Tutanaklarla TCK, ss. 967-970.

Ayrıca TCK m. 280’nin kamu görevlisi olmayan sağlık mesleği mensupları tarafından uygulanması halinde kamu görevlisi olmayan sağlık mesleği mensubunun şikayete bağlı bir suça dair belirti ile karşılaşması ve bunun bildirmemesi halinde artık TCK m. 280 oluşmayacaktır, Nuhoglu, s. 21., Üzülmüş, s. 831.

Karşı görüşe göre ise⁵²⁰; ihbar kavramı suçun ilgili makamlara iletilmesidir. Takibi şikayete bağlı bir suç söz konusu olduğunda suçtan zarar gören kimsenin suç ilgili makamlara bildirmesi halinde “*şikayet*” kavramı kullanılacaktır. Burada aslında suçtan zarar görenin şikayeti de ihbar niteliğindedir. Bu sebeple ihbar kavramı dikkate alınarak TCK m. 280’nin yalnızca re’sen soruşturup kovuşturulması gereken suçları kapsadığını söylemek isabetsiz olacaktır. Bunula birlikte kamu görevlisi sağlık mesleği mensubunun yalnızca re’sen soruşturup kovuşturulması gereken bildirmesi gerekirken kamu görevlisi olmayan sağlık mesleği mensubunun ayrıca şikayete bağlı suçları da bildirmek zorunda olması açık bir çelişkidir.

Kanaatimizce TCK m. 280 bakımından; TCK m. 279’daki gibi şikayete tabi suçların kapsam dışında bırakıldığına ilişkin açık bir sınırlama yer almamaktadır. Bu nedenle hükmün mevcut haline bakılarak şikayete tabi suçların bildirilmemesi gerektiği sonucuna varmak mümkün değildir. Aksi yöndeki görüşlerin kanun koyucunun bilinçli bir şekilde sağlık mesleği mensuplarını araştırma külfetinden kurtarmak adına böyle bir düzenleme yaptığını söylemesi de abestir. Kanun koyucu böyle bir maksat ile hareket etseydi TCK m. 279’daki gibi şüpheye yer bırakmayacak şekilde açık bir düzenleme yapardı. Fakat belirtmek gerekir ki şikayete tabi suçların dahi bildirilmesi gereken suçlara dahil edilerek kapsamın çok fazla genişletilmiş olması ve sağlık mesleği mensubundan bu suçların tamamını tespit etmesini beklemek ağır bir sorumluluk alanı yaratmaktadır. Ayrıca yukarıda ifade edildiği üzere hak sahiplerinin şikayet etmek istemediği hallerde dahi suç takibatıyla muhattap olmaları mağduriyetlere sebep olabilmektedir. Bu nedenle TCK m. 279’da olduğu gibi TCK m. 280 bakımından da açık bir düzenleme yapılarak şikayete tabi suçların durumu aydınlatılmalıdır.

Bu noktada her ne kadar ağırlıklı olarak şikayete tabi suçlarla ilgili bir tartışma mevcut olsa da bu suç tipi bakımından önemli bir diğer mesele de; şikayete tabi olmasa bile bildirilmesi gereken suçların kapsamının bu denli geniş olmasının uygulamada yarattığı bazı sıkıntılardır.

Uygulamada bu geniş kapsamlı bildirim yükümlülüğü hem tıp etiğine hem de deontoloji kurallarına aykırı neticeler doğurmaktadır. Örneğin; reşit olmayanla cinsel

⁵²⁰ Zafer, Sağlık Mesleği, s.1341., Yaşar ve diğerleri, Cilt: VI, s. 8044.

ilişki suçunda on beş yaşını tamamlamış fakat 18 yaşından küçükler bakımından cinsel ilişkiye girilmesi suç olarak düzenlenmiştir. Burada 17 yaşını tamamlamış ve kendi rızası ile cinsel ilişkiye girmiş küçüğün üreme sağlığı hizmetlerine başvurması karşısında suç ihbarı gerçekleşecektir. Bu gibi bir halde küçük, artık üreme sağlığı hizmetlerine başvurmadan kaçınacak ve gebelik önleyici yöntemler hakkında yeterince bilgilendirilemeyeceği için psikolojik anlamda da zarar görecektir.

Nitekim bunun önüne geçebilmek maksadıyla Ana Çocuk Sağlığı ve Aile Planlaması Merkezleri Yönetmeliği'nin 11. maddesinde⁵²¹ verilecek bütün hizmetlerde mahremiyet ve gizliliğe saygı gösterilmesi gerektiği açıkça düzenlenmiştir. Bu gerekçelerle doktrinde tıp etiği ilkelerine saygı duyularak hastaya da zarar vermeme ilkesini göz önünde bulundurarak kanuni düzenlemelerin yapılması gerektiği belirtilmektedir⁵²².

Bir başka etik ikilem yaratan husus çocuğun cinsel istismarı bakımından uygulamada yaşanan sıkıntılardır. Dünya Sağlık Örgütü çocuk istismarını “*çocuğun sağlığını, fiziksel gelişimini olumsuz yönde etkileyen, bir yetişkin, toplum veya ülkesi tarafından bilerek veya bilmeyerek yapılan davranışlar*” şeklinde tanımlamıştır⁵²³. Yine bizim de tarafı olduğumuz Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 32. maddesinin 1. fıkrasında “*Taraf Devletler, çocuğun, ekonomik sömürüye ve her türlü tehlikeli işte ya da eğitimine zarar verecek ya da sağlığı veya bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaksal ya da toplumsal gelişmesi için zararlı olabilecek nitelikte çalıştırılmasına karşı korunma hakkını kabul ederler.*” demek suretiyle çocuğun istismardan korunma hakkının altını çizmektedir.

Çocuğun istismarının ihbar yükümlülüğü kapsamında kabul edilebilmesi için suç oluşturan bir fiil ile istismarın gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir. Suç niteliğinde olmayan eylemler bildirilmediği takdirde artık bu kapsamda değerlendirilmeyecektir. Çocuk Koruma Kanunu'nun 6. maddesinin birinci fıkrasında

⁵²¹ “Madde 11- Merkezde verilen bütün hizmetler; hedef grupların ihtiyaç, istek ve değer yargıları temel alınarak en üst düzeyde toplum katılımı sağlanarak, en az zaman kaybı, en yüksek tıbbi ve teknik yeterlilik ve ekip hizmeti anlayışı içinde, süreklilik taşıyacak biçimde, bilgilendirme, rıza alma, mahremiyete ve gizliliğe saygı gibi tıp etiği ilkeleri ile uygunluk içinde sunulur.”, http://www.istanbulsağlik.gov.tr/w/mev/mev_yon/ana_cocuk_sagligi.pdf, (27.02.2020).

⁵²² Sert, Mahremiyet Hakkı, s. 151.

⁵²³ Türkiye’de Çocuk İstismarı ve Aile İçi Şiddet Araştırması (Özet Rapor), 2010, s.7., <http://www.unicef.org.tr/files/bilgimerkezi/doc/cocuk-istismari-raporu-tr.pdf>, (27.02.2020).

“Adlî ve idarî merciler, kolluk görevlileri, sağlık ve eğitim kuruluşları, sivil toplum kuruluşları, korunma ihtiyacı olan çocuğu Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumuna bildirmekle yükümlüdür.” şeklinde geniş bir bildirim yükümlülüğü öngörülmüştür⁵²⁴.

Tüm bu yasal düzenlemeler ve temel ilkeler doğrultusunda reşit olmayanla cinsel ilişki suçu, çocukların cinsel istismarı gibi suçlar çocuğun üstün yararı göz önünde tutularak bildirim yükümlülüğü getirilmiştir. Çalışma konumuz olan TCK m. 280’e ek olarak TCK m. 232/2’de *“İdaresi altında bulunan veya büyütmek, okutmak, bakmak, muhafaza etmek veya bir meslek veya sanat öğretmekle yükümlü olduğu kişi üzerinde, sahibi bulunduğu terbiye hakkından doğan disiplin yetkisini kötüye kullanan kişi”* hakkında cezai yaptırım öngörülmüştür. Yine TCK m. 233/1’de *“Aile hukukundan doğan bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüğünü yerine getirmeyen kişi”* hakkında cezai yaptırım öngörülmüştür.

Fakat bu yaptırımlar failin ihbar edileceği korkusuyla sağlık yardımına muhtaç çocuğu tıbbi tedaviden bilinçli bir şekilde yoksun bırakmasına sebep olmakta ya da özellikle çocuğun aile içi cinsel istismarı vakalarında aile fertlerinin çocuğun damgalanmasını istememesi sebebiyle sağlık hizmetlerinden çocuğu mahrum edebilmesi gerekçeleriyle doktrinde eleştirilmektedir⁵²⁵.

Bildirim yükümlülüğünün etik ikilem yarattığı bir diğer konu aile içi şiddet olgusudur. Aile içi şiddet; *“Aile içi şiddet aile üyelerinden biri tarafından aynı ailedeki bir diğer üyenin yaşamını fizik veya psikolojik bütünlüğü veya bağımsızlığını tehlikeye sokan, kişiliğine veya kişilik gelişimine ciddi boyutlarda zarar veren eylem veya ihmaldir.”* şeklinde tanımlanmaktadır⁵²⁶. Toplumda aile kavramına yüklenen anlamlardan ötürü genelde aile içi şiddete bildirilmesi gereken bir olgu olarak değil aile içerisinde herhangi bir müdahaleye gerek olmaksızın çözülmesi gereken bir sorun olarak bakılmaktadır. Bu algıdan ötürü aile içi şiddet mağdurlarının birçoğu bildirimin neticesiz kalacağı inancı, bildirimden sonra daha büyük hayati bir şiddete maruz kalma korkusu ve bundan korunamayacağı, şiddet mağduru olduğu için damgalanma ve

⁵²⁴ Koca, “Çocuk İstismarında İhbar Yükümlülüğü”, s. 116.

⁵²⁵ Sert, Mahremiyet Hakkı, ss. 152-156., Sert, “Özel Hayatın Gizliliği Hakkının Tıp Etiği Açısından Önemi ve HIV ile Yaşayanlar”, s. 210.

⁵²⁶ERCÜMENT AKSOY ve diğERLERİ, “Aile İçi Şiddet”, Adli Tıp Ders Notları, <https://www.ttb.org.tr/eweb/adli/6.html>, (27.02.2020).

çevresinden utanması gibi sebeplerle bildirmemekte ya da bildirilmesini istememektedir. Aile içi şiddetin tespiti ve ispatında sağlık mesleği mensuplarına büyük görevler düşmektedir. Fakat burada temel sorun mağdur konumunda olan hastanın hekim ile arasındaki güven ilişkisinin zedelenmemesidir.

Doktrinde⁵²⁷; aile içi şiddet mağdurlarının rızası alınmadan şiddet faillerinin bildirilmemesi gerektiği başka ülkelerde örneğin; Amerika Birleşik Devletlerinde çocuk istismarının bildirim zorunlu iken yetişkinler bakımından eşleri tarafından yapılan istismarın bildirilmesi zorunlu değildir. Yazar bu görüşü ortaya atmakla birlikte bunun aile içi bir sorun olduğu, kadının bu şiddetten sorumlu olduğu, bu olayların nadir olduğu gibi inançların hekimler tarafından göz önünde bulundurularak karar vermeleri gerektiği belirtmiştir.

Kanaatimizce yazar burada kendi ile çelişmekte ve uygulanması mümkün olmayan ve tam tersi aile içi şiddet vakalarının artışına sebep olacak tavsiyeler sunmaktadır. Kaldı ki yine aynı yazar TCK m. 280 gereğince aile içi şiddet suç oluşturuyorsa kanundan kaynaklı bir bildirim yükümlülüğünün olduğunu ifade etmektedir.

Yine bu görüşü destekleyen bir başka görüşe göre⁵²⁸; sağlık mesleği mensupları meslek etiği ilkeleri çerçevesinde aile içi şiddet olgusunun ailenin mahrem alanı içerisinde kaldığını kabul ederek mağdur konumundaki hastayla güven ilişkisi kurarak hastaya gerekli müdahaleyi ve yardımı sağlamalıdır. Fakat yasal düzenlemeler bu duruma aykırılık teşkil etmektedir. Yine aynı yazarlar TCK m. 280 anlamında sağlık mesleği mensuplarının aile içi şiddeti bildirmeleri halinde netice olarak; hasta mahremiyetinin ihlal edileceği, hasta ile olan güven ilişkisinin zedeleneyeceği ve bunun neticesinde sağlık hizmetlerine başvurmadan vazgeçileceği, bildirim ardından mağdurun daha fazla şiddet görme riskinin doğacağı, ailenin sorunlu olduğu algısı yayılacak ve çevreleri tarafından dışlanacak, sağlık mesleği mensubu ihbar konumuna düşecektir. Aile içi şiddet olgusunun kanundan kaynaklanan bir ihbar yükümlülüğü ile hukuksal alana bırakarak değil sağlık hizmetlerini geliştirerek çözülebileceğini savunmaktadırlar. Bu sebeple aile danışma merkezlerine

⁵²⁷ Sert, Mahremiyet Hakkı, ss. 157-158.

⁵²⁸ Yeter Kitiş ve Sema Şanlıoğlu Bilgici, “Bir Aile İçi Şiddet Olgusu; Sır Tutma İlkesi ile Şiddeti İhbar Etme Yükümlülüğü Arasındaki Etik İkilem”, Aile ve Toplum, Eğitim Kültür ve Araştırma Dergisi, Yıl:9, Cilt:3, Sayı:11, Ocak-Şubat-Mart 2007, ss. 7-11.

yönlendirmenin arttırılması, aile içi şiddet olgularında psikolojik danışmanlık ve psikoterapi yardımlarının sağlanması, evlilik birliği kurulmadan önce danışmanlık hizmetlerinin sunulması, çocuk yetiştirme programlarına ebeveynlerin yönlendirilmesi gibi sağlık hizmetlerinin iyileştirilmesi gerekmektedir.

Yukarıda değindiğimiz bu sorunlar karşısında nasıl bir yol izlenmesi gerektiğine detaylı bir şekilde zorunluluk hali başlığı altında dönecektir. Fakat buraya kadar ifade ettiğimiz tartışmalar esasen suç tipinde katalog ihdas etmek suretiyle de çözümlenebilecektir. Şöyle ki; bahsettiğimiz etik sorunlarda olduğu gibi kanun koyucu hukuki değerler arasındaki dengeyi kurarken somut olayın özellikleri her daim öngörememektedir. O yüzden bu denli kapsamı geniş bir sınırın çizilmesi birey ile toplum arasındaki dengeyi sağlamaya çalışırken ağır hak ihlallerini ya da hastanın tedaviden çekinmesi, sağlık kuruluşlarına başvurmak istememesi, tedavisini yarım bırakarak hayati tehlike altına girmesi gibi istenmeyen sonuçları da beraberinde getirmektedir. Bu sebeple karşılaştırmalı hukuka baktığımızda her ülkenin kendi kanuni düzenlemelerinde farklı bir bakış açısına sahip olduğunu görmekteyiz. Bu örneklerle bakacak olursak;

Alman Ceza Kanunu'nun 203. paragrafında⁵²⁹ özel bir biçimde doktor, dış hekimi, veteriner hekim, eczacı veya mesleği icra etmek veya meslek unvanını kullanabilmek için devlet tarafından düzenlenen eğitime ihtiyaç duyan diğer sağlık profesyonelleri yine devlet tarafından tanınan bilimsel final sınavına sahip profesyonel psikologlar bakımından sır saklama yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi suç olarak kabul edilmiş ve bir yıla kadar hapis veya para cezası öngörülmüştür. Bununla birlikte Almanya'daki mevzuata bakıldığında hekimin sır saklama yükümlülüğü Alman Ceza Kanunu'nun 138. ve 139. paragrafları ile sınırlandırılmış ve sınırlı da olsa hekimlere suç ihbarı bakımından bir yükümlülük getirilmiştir. Fakat belirli kıstaslarla bu yükümlülüğün kapsamı dar tutulmaya çalışılmıştır.

Öncelikle Alman Ceza Kanunu'nun 138. maddesinde⁵³⁰ bildirilmesi gereken suçlar bakımından bir katalog düzenlemeye yer verildiği görülmektedir. Bildirilmesi gereken bu suçlara örnek verecek olursak; Bir saldırı savaşının hazırlanması suçu (prg.

⁵²⁹ https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_203.html,

⁵³⁰ https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_138.html,

80), soykırım suçu (prg. 220a, fk.1, Nr:1, Devletler Ceza Kanunu m. 6), insanlığa karşı suçlar (Devletler Ceza Kanunu m. 6), savaş suçları (Devletler Ceza Kanunu s. 8-12.), tedide dayalı insan yağması (prg. 239a, Abs. 1), rehine alma suçu (prg. 239 b, fık.1), basit ve nitelikli insan öldürme suçları (prg. 211 ve 212), rehine alma suçu (prg: 239b, fık:1) veya terör örgütü aracılığıyla hava nakil aracına saldırı (prg. 316c, fık:1) gibi suçlar örnek verilebilecektir⁵³¹. Bu katalogdan yola çıkılarak sadece ağır suçlar bakımından bir bildirim yükümlülüğünün getirildiği görülmektedir.

Alman Ceza Kanunu'nun 139. maddesinde⁵³² ise; yine 138. maddedeki gibi belirli ağır suçlara yer vererek bu suçlar bakımından belirli koşullarda bildirim yükümlülüğünün ve sorumluluğun ortadan kalkacağı ifade edilmektedir. Hekim faili bu suçlardan birini işlemek hususunda vazgeçirmeye çalışması ve gerekli çabayı göstermesi halinde eğer suçu bildirmez ize sorumlu olmayacaktır. Bu suçlara örnek olarak: soykırım suçu (prg. 220a, fk.1, Nr:1), insanlığa karşı suçlar, savaş suçları, basit ve nitelikli insan öldürme suçları (prg. 211 ve 212), tedide dayalı insan yağması (prg. 239a, Abs. 1), rehine alma suçu (prg. 239 b, fık.1) gibi.

Avusturya'da ise 1998 tarihli Avusturya Doktorlar Kanunu'nun 54. maddesinin 4., 5. ve 6. fıkralarında hekimler bakımından farklı sınırlamalarda bildirim yükümlülüğü öngörülmüştür. 4. fıkra; ağır yaralama ve insan öldürme suçları söz konusu olduğunda suçun gizlenmesindeki yarar suçun bildirilmesindeki yarardan ağır basıyor ise artık bu suçları bildirmeyebilecektir. Fakat aksi bir hal söz konusu ise bu suçların bildirimi gereklidir. Bu istisna ile birlikte 5. fıkra; adam öldürme veya ağır yaralama suçlarına ilişkin hekimin şüphe duyması halinde mutlaka güvenlik güçlerine bildirimde bulunması gerekir. Fakat hastanın ağır yaralamadan kaynaklı tedavisinin yapılabilmesi için hekim-ile hasta arasında özel bir güven ilişkisi gerekiyorsa burada artık bildirim yükümlülüğü bulunmayacaktır. Bununla birlikte ilgili kişiyi mağdurun korunması kurumları hakkında bilgilendirmesi gerekecektir. 6. fıkra gereği ise; yukarıdaki haller ile birlikte kendi menfaatinin ihlal edildiğinin farkına varamayacak veya koruyamayacak durumda bir küçüğün ya da kimsenin olması veyahut ağır bir

⁵³¹ Ünver, (TCK'da Düzenlenen Adliyeye Karşı Suçlar), ss.415-416., Erbaş, s. 77.

⁵³² https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_139.html,

tehlikenin önlenmesi gibi hallerde hekimin bildirim yükümlülüğü bulunmakta ve artık burada bir takdir yetkisi bulunmamaktadır⁵³³.

İngiliz hukukunda sağlık mesleği mensupları bakımından bizdeki gibi genel bir suçu bildirmeme suçu düzenlenmemiştir. Fakat sınırlı bazı suçlar bakımından bazı sağlık mesleği mensuplarına bildirim yükümlülüğü getirilmiştir. Örneğin; Terörizm Kanunu gereğince devletin güvenliğine karşı suçlar, terörün finansmanı suçları gibi⁵³⁴.

ABD hukukunda ise bazı eyaletlerde yukarıda verilen örneklerde olduğu gibi sınırlı suçlar bakımından sağlık mesleği mensuplarına bildirim yükümlülüğünün getirildiği görülmektedir. Örneğin; Kaliforniya Ceza Kanunu’nun 11160. maddesinde temel olarak “*saldırı ve istismar niteliğinde*” kabul edilebilecek fiiller bakımından bildirim yükümlülüğü getirilmiştir. -kasten öldürme suçu (m.187), işkence suçu (m.192), silahla veya şok tabancasıyla yapılan saldırı (m. 244/5) gibi.-

Nebraska Eyalet Kanunu m. 28-711, Maine Eyalet Kanunu m. 4011-A, Virginia Eyalet Kanunu m. 63.2-1509 gereğince belirli sağlık mesleği mensupları bakımından çocuk istismarı ve ihmalinin mutlaka bildirilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Benzer bir şekilde Alaska Eyalet Kanunu’nun “*kendini idare edemeyecek durumdaki yetişkinlerin korunması*” başlığıyla 24. bölümün 47.24.010. maddesinde yine belirli sağlık mesleği mensubundan bildirim yükümlülüğü getirilmiştir⁵³⁵.

İtalyan Ceza Kanunu’nun 365. maddesinde hekimler bakımından yalnızca re’sen soruşturulan ve kovuşturulan suçların bildirilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Benzer bir şekilde Portekiz Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 242. maddesinin 3. fıkrasında hekimin şikayete tabi bir suç ile karşılaşması halinde şikayet şartı gerçekleşirse bildirim yükümlülüğünün doğacağı düzenlenmiştir⁵³⁶.

Karşılaştırmalı hukuktan verdiğimiz tüm örnekler doğrultusunda görüldüğü üzere katalog suç düzenlemeleri ile belirli ağırlıktaki suçların tercih edilmesi, suçun şikayete tabi olup olmaması, suçun mağdurunun kim olduğu gibi birçok kıstas dikkate

⁵³³ Zafer, Sağlık Mesleği, ss. 1329-1330., Ünver, (TCK’da Düzenlenen Adliyyeye Karşı Suçlar), ss.416-417.

⁵³⁴ Erbaş, s. 77-78.

⁵³⁵ Erbaş, s. 78-99.

⁵³⁶ Erbaş, s. 87.

alınmıştır. Bu kıstaslar ile sağlık mesleği mensupları bakımından bildirim yükümlülüğü mümkün mertebe dar bir kapsamda tutulmaya çalışılmaktadır.

Kanaatimizce bu suç tipi açısından toplumumuzdaki sağlık mesleği mensuplarının karşılaştıkları suçların kriminolojik ve sosyolojik bir değerlendirmesini yapılarak katalog bir suç düzenlenmesinin yapılması isabetli olacaktır. Aksi takdirde sağlık mesleği mensuplarına sınırları çok geniş bir bildirme yükümlülüğü yüklenecektir. Kaldı ki bir sağlık mesleği mensubundan hukukçu gibi hareket edip hangi belirtinin bir suç belirtisi olduğunu, bu suçun niteliğinin ne olduğunu tespit etmesini beklemek hakkaniyete ve hayatın olağan akışına aykırıdır. Getirilecek bir katalog düzenlemeyle hem kapsam bir sağlık mesleği mensubundan beklenebilir düzeye gelecek hem de katalogda yer alacak suçlara ilişkin verilecek temel hukuk eğitimleri ve bu suçların aydınlatılmasıyla aslına TCK m. 280 ile hedeflenen hukuki koruma daha efektif bir hal alacaktır. Yine yukarıda detaylı bir şekilde ifade ettiğimiz üzere şikayete tabi suçların da bildirim yükümlülüğü kapsamına alınmasının istenmeyen sonuçlarını bertaraf etmek adına hükmün bu bakımdan ayrıca gözden geçirilmesi gerekmektedir.

Bildirilecek suç bakımından bir diğer üzerinde durulması gereken husus sağlık mesleği mensubunun belirtisi ile karşılaştığı suçun ceza veya dava zamanaşımı süresinin dolmuş olmasıdır.

Doktrinde⁵³⁷ bu halde artık sağlık mesleği mensubunun bildirim yükümlülüğünün kalmadığı ifade edilmektedir. Çünkü bu suçla korunan temel hukuki değer adliye yararı olduğundan bildirilmesi gereken suç bakımından zamanaşımı gerçekleşmiş ise artık fail hakkında kamu davası açılmayacak veyahut hakkında hükmedilen ceza infaz edilemeyecektir. Bununla birlikte aynı görüş sağlık mesleği mensubunun suçun işlenmesinin üzerinden çok zaman geçtiğini düşünerek suçu bildirmediği fakat suçun zamanaşımına uğramadığı bir durumda hata hükümlerinden faydalanabilmesi gerektiğini belirtmektedir.

⁵³⁷ Giyik, s. 207., Özgüç, “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m. 280)”, s. 1015.

Kocasakal da bu görüşe katılmakla birlikte⁵³⁸; her ne kadar kendisi şikayete bağlı suçların TCK m. 280 kapsamında olmadığını ifade etse de aksi kabul edildiği takdirde; şikayet süresi dolmuş ise yine aynı netice doğacaktır.

Bildirilmesi gereken suçlar bakımından bir diğer üzerinde durulması gereken husus; sağlık mesleği mensubunun bildirmediği suçun sonradan suç olmaktan çıkarılması halidir. Doktrinde bizim de katıldığımız görüşe göre; artık bu durumda suç konusuz kalacağından ve bu suçla temelde adliye yararı korunmak istendiğinden sağlık mesleği mensubunun eylemi TCK m. 7/1⁵³⁹ gereğince suç sayılmayacaktır. Keza bildirilmesi gereken belirti sonrada suç niteliği kazanırsa yine sağlık mesleği mensubunun eyleminin suç oluşturmayacağını kabul etmek gerekir⁵⁴⁰.

Son olarak bu suç bakımından kime karşı işlenecek suçların ihbar edileceği doktrinde tartışmalı bir husustur.

Bir görüşe göre⁵⁴¹; kanun hükmünde görev esnasında dendiği için sağlık hizmetinden faydalanan ya da başvuran kişinin işlediği suçlar veya o kişiye karşı işlenen suçların bildirilmesi gerektiği ifade edilmektedir.

Bir başka görüşe göre ise⁵⁴²; hükümde “*hastasına karşı işlenen suç*” veya “*muayene ettiği hastasının işlediği suç*” gibi bir sınırlamaya gidilmemiş olup sağlık hizmetine başvuran kişi ister fail ister mağdur olsun işlenen suç bildirim kapsamında olacaktır. Burada bir başka sağlık mesleği mensubunun işlediği suç, sıradan bir vatandaşın işlediği suç veyahut bir yabancıнын işlediği suç ta bildirim yükümlülüğünün kapsamındadır⁵⁴³. Bu sebeple sağlık mesleği mensubu görevi esnasında bir başka sağlık mesleği mensubunun suç işlediği yönünde bir belirti ile karşılaşması halinde yine TCK m. 280 kapsamında bildirim yükümlülüğü bulunmaktadır. Örneğin; özel bir

⁵³⁸ Kocasakal, s. 188.

⁵³⁹ “İşlendiği zaman yürürlükte bulunan kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. İşlendikten sonra yürürlüğe giren kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı da kimse cezalandırılmaz ve hakkında güvenlik tedbiri uygulanamaz. Böyle bir ceza veya güvenlik tedbiri hükmolunmuşsa infazı ve kanuni neticeleri kendiliğinden kalkar.”

⁵⁴⁰ Giyik, s. 199.

⁵⁴¹ Zafer, Sağlık Mesleği, s.1339.

⁵⁴² Yaşar ve diğerleri, s. 8043., Hakeri, Tıp Hukuku, s. 1186, Erbaş, s. 140., Kolcu, s. 190.

⁵⁴³ Ünver, (TCK’da Düzenlenen Adliyeye Karşı Suçlar), s.403., Giyik, s. 195., Zafer, Sağlık Mesleği, s. 1343, Kolcu, s. 197.

muayenehanesi olan hekimin hastayı operasyona hazırlayan hemşirenin hastaya tokat attığını görmesi halinde TCK m. 280 kapsamında bildirim yükümlülüğü doğacaktır.

Kocasakal⁵⁴⁴; farklı olarak sağlık mesleği mensubunun bir başka meslektaşının işlediği suçları bildirmek yükümlülüğü bulunmadığını ifade etmektedir. Çünkü “görevini yaptığı” esnada kavramı çok geniş yorumlanmamalıdır. Burada bildirim yükümlülüğünün merkezinde hasta ve hastaya karşı işlenen suçlar bulunmaktadır. Ayrıca karşılaşılan belirtinin görev ile bağlantılı da öğrenilmiş gerekir. Aksi bakış açısı kanun hükmünün maksadına aykırı olacak, sağlık mesleği mensuplarını karşılaştığı her belirtiyi bildirmek zorunda olan bir dedektif haline getirecektir⁵⁴⁵.

Kanaatimizce hükümden yola çıkarak yardıma ihtiyacı olan kimsenin yani müdahale edilen kimsenin fail ya da mağdur olmasının bir önemi bulunmadığı açıktır. Nitekim 765 sayılı TCK’da “*bu ihbar kendisine yardım ettikleri kimseyi takibata maruz kılacak ahval müstesna olmak üzere*” şeklinde bulunan yardıma ihtiyacı olan kimselerin yani müdahale edilen kimsenin fail olması gibi istisnaya TCK m. 280’de yer verilmemiştir.

Diğer tartışmalı nokta bakımından ise; sağlık mesleği mensubunun bir diğer sağlık mesleği mensubunun işlediği suçları bildirme yükümlülüğünü belirlerken maalesef hüküm yetersiz kalmaktadır. 765 sayılı TCK’nın 530. maddesinde; “*sanatlarının icab ettiği yardımı ifa etmek*” ve “*kendisine yardım ettikleri kimse*” kavramlarına yer verilmişti. Bu kavramlara baktığımızda açık bir şekilde hasta odaklı bir bildirim yükümlülüğünün bulunduğunu söylemek mümkündü. Fakat TCK m. 280’nin lafzından hareket ederek maalesef bunu söylemek mümkün değildir. Bu nedenle hükmün eski hali dikkate alındığında bu tartışmalı hususların sağlıklı bir şekilde çözümlenebilmesi adına hükmün gözden geçirilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte bizce hükmün lafzından ayırık olarak bu sorun; aslında görev esnasında olma kavramından yola çıkılarak çözülebilir. Yukarıda belirttiğimiz üzere kanaatimizce görev esnasında olma kavramı aynı zamanda mesleğin icrası anlamına gelmektedir.

⁵⁴⁴ Kocasakal, ss. 187-188 ve s.201., Koç, s. 70.

⁵⁴⁵ Doktrinde bu görüş eserinin 182. Sayfasında şikayete bağlı suçların bu kapsamda yer almadığını ifade ederken eserin 187. Sayfasında “*sağlık hizmeti verilen kişiye karşı işlenen suçların (şikayete bağlı olsun-olmasın) bildirim kapsamında olduğuna kuşku yoktur.*” diyerek kendi içerisinde açık bir şekilde çelişkiye düştüğü ifade edilmektedir. Ünver, (TCK’da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar), s.404.

Sağlık mesleği mensubunun mesleğin icrası kapsamındaki eylemlerinin muhatabı hasta olduğundan sağlık mesleği mensubu meslektaşının işlediği bir suçu bildirmek bakımından artık TCK m. 280 kapsamında değil de somut olayın özelliklerine göre TCK m. 279 veya TCK m. 278 kapsamında sorumlu tutulmalıdır.

2. Fail ve Mağdur

Hükmün başlığına bakıldığında özellikle bu suç tipinin belirli bir meslek grubu tarafından işlenmesi gerektiği açıkça görülmektedir. Bu sebeple özgü suç niteliğindedir⁵⁴⁶. Hükümde “sağlık mesleği mensubu” kavramı kullanılarak suçun faili gösterilmiştir. Bu suçun failinin kimler olabileceğini doğru tespit edebilmek için belirli kavramlara kısaca değinmek gerekir.

Sağlık mesleği mensubu kavramından önce “sağlık mesleği” kavramını tanımlayacak olursak: “sağlık alanında para kazanmak amacıyla yapılan, eğitimle kazanılan ve resmen tanınmış olan kurallı faaliyetler” şeklinde tanımlanabilir⁵⁴⁷. Sağlık mesleği mensubu kavramının tespiti için ise hükmün ikinci fıkrasından yola çıkılmalıdır. Hükmün ikinci fıkrasında “Sağlık mesleği mensubu deyiminden tabip, dış tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler anlaşılır.” demek suretiyle sağlık mesleği mensubundan ne anlamamız gerektiği belirtilmiştir. Fıkroda “sağlık hizmeti veren diğer kişiler” denmiş olması sayılan meslek gruplarının sınırlayıcı değil örnekseyici olduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Nitekim hükmün gerekçesinde “Söz konusu ihbar yükümlülüğü, madde metninde sayılan sağlık mesleği mensupları ile sınırlı değildir. Örneğin, bir tıbbi tahlil laboratuvarında görev yapan kişiler açısından da mevcuttur.” diyerek açıkça bu husus belirtilmiştir.

Doktrinde hükümdeki “diğer kişiler” ibaresinin kullanılarak fail sıfatının kime ait olduğunun kanunda açıkça belirtilmemesinin kanunilik ilkesine aykırı olduğu ifade edilmektedir. Hükümde bu ibareye yer verilmesi sebebiyle sağlık sektöründe uzaktan veya yakından görev alan herkes bu suçun faili olacaktır⁵⁴⁸.

⁵⁴⁶ Nuhoglu, s. 19., Zafer, Sağlık Mesleği, s. 1335., Donay, Meslek Sırrı, s. 80.

⁵⁴⁷ Savaş, s. 290.

⁵⁴⁸ Giyik, s. 193., Karahan, s. 959., Özgüç, “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m. 280)”, s. 1003 ve ss. 1007-1008.

Bununla birlikte Kocasakal’a göre⁵⁴⁹; “diğer kişiler” ibaresinin kendinden önce kullanılan “sağlık hizmeti veren” ifadesi ile beraber değerlendirmek gerekir. Bu sebeple diğer kişiler dolaylı da olsa “sağlık konusunda belirli bir uzmanlığa veya bilgiye” sahip olması gereken kimseler olarak anlaşılmalıdır.

Doktrinde sağlık mesleği mensubu ile sağlık çalışanı kavramlarının farklı olduğu ifade edilmektedir. Sağlık mesleği mensubu ile sağlık personeli/çalışanı birbiri yerine sıklıkla kullanılsa da aslında yetki ve sorumlulukları açısından önemli farklılıklar barındırmaktadır. Fakat bununla birlikte hasta haklarının ihlal edilmesi bakımından büyük bir önem arz etmemektedir. Uygulamada genellikle sağlık sektöründe çalışan kimseler bakımından sağlık personeli ya da sağlık çalışanı kavramı kullanılmaktadır. Sağlık çalışanı “sağlık sektöründe sağlık hizmeti veren sağlık mesleği mensuplarını ve sağlık meslek mensupları yanında sağlık hizmetinin verilmesine katılarak, dolaylı yoldan katkıda bulunan diğer çalışanlar” anlamına gelmektedir⁵⁵⁰. Örneğin; hastanelerde çalışan temizlik personeli, kurum şoförleri, muhasebeci, bilgisayar operatörü gibi kimseler sağlık çalışanı niteliğindedir. Bu kimseler sağlık hizmetlerinin sunulduğu bir alanda çalışmasında karşın sağlık mesleği mensubu olarak nitelendirilemezler. Çünkü her sağlık personeli sağlık mesleği mensubu olmayabilir⁵⁵¹.

Bu sebeple doktrinde⁵⁵² sağlık hizmetlerinin icrasına doğrudan ya da dolaylı yoldan katılan herkesin “sağlık mesleği mensubu” olarak nitelendirilmesinin isabetsiz olduğu bu neden sağlık çalışanı kavramının kullanılmasının daha doğru olduğu ifade edilmektedir.

Yukarıda detaylı bir şekilde sunduğumuz kavram tartışmalarının ardından doktrinde sağlık hizmetinin dolaylı ya da doğrudan sunulmasının bu suç bakımından etkisi de tartışmalı bir husustur.

Kocasakal’a göre⁵⁵³; doğrudan sağlık hizmeti sunulmasının çok dar anlamda yorumlanmaması fakat dolaylı yoldan sunulan hizmetlerin de çok geniş

⁵⁴⁹ Kocasakal, s. 176.

⁵⁵⁰ Savaş, s. 279.

⁵⁵¹ Yaşar ve diğerleri, s. 8040., Kocasakal, s. 176., Koç, s. 58.

⁵⁵² Savaş, ss. 288-289.

⁵⁵³ Kocasakal, s. 199.

yorumlanmaması gerekmektedir⁵⁵⁴. Burada temel ayrım noktası sunulan hizmet ile öğrenilen belirti arasında bir nedensellik bağının bulunmasıdır. Bu sebeple uygulamada hastane ve odalarda yapılan genel konsültasyon işleminin doğrudan bir sağlık hizmeti sunumu olmasa da bu esnada bir suç belirtisi ile karşılaşmış ise artık bildirme yükümlülüğü doğacaktır. Bununla birlikte hastanede veyahut başka sağlık hizmetlerinin sunulduğu kuruluşlarda bulunmasına rağmen mola esnasında dinlenirken, meslektaş ile sohbet ederken bir suç belirtisi ile karşılaşması bu suç kapsamında değerlendirilemeyecektir⁵⁵⁵.

Bir başka görüşe göre⁵⁵⁶; sağlık hizmetinin dolaylı ya da doğrudan sunulmasının bu suç bakımından bir önemi olmadığı tıbbi hizmet sunmayan kişilerin bu hüküm kapsamına dahil edilemeyeceği belirtilmektedir.

Bu tartışmadan yola çıkarak doktrinde tıbbi sekreter veya sağlık yöneticisi gibi doğrudan sağlık hizmeti sunmayan kimselerin bu suçun faili olamayacağı ifade edilmektedir. Çünkü cezai sorumluluğun belirlendiği bir hükmün yorum ve kıyas yoluyla genişletilmesi mümkün olmayıp dar yorumlanması gerekmektedir⁵⁵⁷. Bu kimseler bakımından kamu görevlisi olmaları halinde TCK m. 279 olmamaları halinde TCK m. 278 uygulama alanı bulacaktır. Yine aynı görüş hükmün ikinci fıkrasının sağlık hizmeti verilmesini yeterli bulması sebebiyle hasta bakıcıların bu suçun faili olabileceğini kabul etmektedir.

Aksi yöndeki görüşe göre ise⁵⁵⁸; sağlık mesleği mensubu kavramına dahil olan kimselerin hepsi tıbbi müdahalede bulunmaya yetkin ya da yetkili kimseler olmak

⁵⁵⁴ Yazarın bu ifadesinin muğlak ve anlaşılmaz olması ve verdiği örneklerin her koşulda görev kapsamında olmaması sebebiyle eleştirilmektedir. Ünver, (TCK'da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar), ss.410-411.

⁵⁵⁵ Aynı yönde, Erbaş, s. 131.

⁵⁵⁶ Bu sebeple hastanelerde yalnızca kayıt işlemi yapanlar veyahut kamu kurumlarında reçete ya da sağlık karnesi onaylama işlemi yapanlar sağlık mesleği mensubu olarak kabul edilemeyecektir. Nuhoğlu, s. 19., Yaşar ve diğerleri, s. 8045. , Gültekin, s. 106.

⁵⁵⁷ Kocasakal, s. 177., Zafer, Sağlık Mesleği, s. 1335., Giyik, s. 193., Karahan, s. 960. , Koç, s. 23. *"...Aynı poliklinikte tıbbi sekreter olarak çalışan ve sadece hasta kaydı yapan sanık A.. H.. 'nin kamu görevlisi ve TCK'nın 280/2. maddesinde tarif edilen "sağlık mesleği mensubu" olmaması karşısında, atılı suçun yasal unsurlarının ne şekilde olduğu açıklanmadan mahkumiyetine karar verilmesi, Kanuna aykırı, sanıklar T. G.. ve A.. H.. ile müdafinin temyiz nedenleri yerinde görüldüğünden HÜKMÜN BOZULMASINA..."*, Yrg. 4. Cd. 19.01.2015 Tarih ve 2014/8297 E. , 2015/1500 K. , <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (07.04.2020).

⁵⁵⁸ Halide Savaş, "Sağlık Mesleği Mensubunun Gerçeğe Aykırı Belge Düzenlemesi Eyleminde Ceza ve Tazminat Sorumluluğu Boyutlarının Doktrin ve Uygulama Açısından Değerlendirilmesi", Sağlık Hukuku Digestası, Ankara Barosu Yayınları, Yıl:1, Sayı:1, 2009, s. 293.

zorunda değildir. Örneğin; hastane temizlik görevlisi, güvenlikçi, sağlık idarecisi gibi kimseler de sağlık mesleği mensubu olarak kabul edilebilecektir.

Kanaatimizce sağlık personeli kavramı sağlık mesleği mensubu kavramından farklıdır. Öncelikle ifade etmek gerekir ki “sağlık sektörü” kavramı “sağlık hizmeti verilebilmesi için gerekli olan tüm üretimlerin yapıldığı, gerekli tüm hizmetlerin birlikte ve koordineli bir şekilde verildiği dal” anlamına gelmektedir⁵⁵⁹. Sağlık hizmetlerinin sunumu bir bütün olup içerisinde temizlik, ulaşım, güvenlik gibi hizmetleri de barındırmaktadır. Bu sektörlerin hukuki dayanağı ise 22.07.2006 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanan “Sağlık Tesislerinin, Kiralama Karşılığı Yaptırılması ile Tesislerdeki Tıbbî Hizmet Alanları Dışındaki Hizmet ve Alanların İşletilmesi Karşılığında Yenilenmesine Dair Yönetmelik”in 4. maddesinin birinci fıkrasının m bendidir. Bu bentte tıbbî hizmetler dışındaki hizmetler: “Sözleşme hükümlerine göre, yüklenici tarafından üstlenilen tıbbî destek hizmetleri ile bilgi işlem, hasta danışmanlığı, sterilizasyon, çamaşırhane, temizlik, güvenlik, yemekhane, arşivleme ve benzeri hizmetleri; aydınlatma, asansör, ısıtma, soğutma, havalandırma, tıbbî gaz, su ve enerji temini, atık ve atık su uzaklaştırma hizmetleri de dâhil olmak üzere binaların tamiri, bakımı ve işletilmesi, park ve bahçe bakımı ve kara, hava, deniz ambulans hizmetleri ile morg ve gasilhane hizmetleri” şeklinde tanımlanmıştır.

Görüldüğü üzere bu hizmetler bir sağlık hizmetinin sunumu niteliğinde değildir. Bu açıklamalar doğrultusunda sağlık sektöründe çalışıp tıbbi bir hizmetin sunulmasında değil de sağlık hizmetlerinin yürütülmesinde gerekli hususların temini için çalışan –örneğin; hastanenin temizlik işlerini yapan görevliler, hastanenin şoförü, güvenlik görevlisi gibi- kimseler sağlık mesleği mensubu olarak kabul edilemeyeceklerdir.

Burada konumuz açısından önem arz eden husus sağlık hizmeti kavramıdır. Çünkü çalışmamızın konusunu oluşturan TCK m. 280 bakımından sağlık mesleği mensubu kavramının tespitindeki kıtas “sağlık hizmeti” sunulmasıdır. 224 Sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun’un 2. maddesi sağlık hizmetleri kavramını “İnsan sağlığına zarar veren çeşitli faktörlerin yok edilmesi ve

⁵⁵⁹ Savaş, s. 280.

toplumun bu faktörlerin tesirinden korunması, hastaların tedavi edilmesi, bedeni ve ruhi kabiliyet ve melekeleri azalmış olanların işe alıştırılması (Rehabilitasyon) için yapılan tıbbi faaliyetler sağlık hizmetidir.” şeklinde tanımlamaktadır. Bu tanımda dikkat edilmesi gereken husus zikredilen bütün sağlık hizmetlerinin tıbbi nitelikte olmasıdır. Sonuç itibariyle sağlık hizmeti “fizyolojik, psikolojik ve sosyal yönden tam bir iyilik halinin varlığı ve devamı için gerekli olan tüm tıbbi faaliyetler” olarak tanımlanabilecektir⁵⁶⁰.

Bu açıklamaların ardından önem arz eden husus sağlık mesleği mensuplarına kimlerin örnek gösterilebileceğidir. Sağlık mesleği mensupları gelişen teknoloji ve sağlık ihtiyaçlarındaki değişim neticesinde geniş bir grubu oluşturmuştur. Mevzuatımızda sağlık mesleği mensuplarına kimlerin dahil olduğu dağınık ve ayrık bir şekilde düzenlenmiştir.

Bizler çalışmamızda öncelikle en temel iki düzenleme olan 1219 sayılı TŞSTİHK m. 8, 29, 51, 63, 67, 9/a, Ek m. 13 ve 22.05.2014 tarihli “*Sağlık Meslek Mensupları İle Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik Ek-1*” doğrultusunda bu suçun failinin kimler olabileceğini açıkladık. Çünkü bu hükümler bakımından tartışmalı bir nokta bulunmamaktadır.

⁵⁶⁰ Savaş, s. 281.

Başta tabip ve uzman tabipler olmak üzere⁵⁶¹; dış tabibi ve uzman dış tabibi⁵⁶², eczacı⁵⁶³, ebeler⁵⁶⁴, hemşireler⁵⁶⁵, klinik psikolog⁵⁶⁶, fizyoterapist⁵⁶⁷, fizyoterapi teknikeri⁵⁶⁸, odyolog⁵⁶⁹, odyometri teknikleri⁵⁷⁰, diyetisyen⁵⁷¹, dil ve konuşma

⁵⁶¹ 1219 sayılı TŞSTİDK m.8 ve m. 10, 6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Kanunu, 13.01.1960 tarihli Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi, 10.09.1982 tarihli YTKİY, 22.05.2014 tarihli Sağlık Meslek Mensupları İle Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik Ek-1’de iş ve görev tanımları yapılmıştır.

⁵⁶² 1219 sayılı TŞSTİDK m.29 ve m. 30, 07.06.1985 tarihli Türk Dış Hekimleri Birliği Kanunu, 13.01.1960 tarihli Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi, 10.09.1982 tarihli YTKİY, 22.05.2014 tarihli Sağlık Meslek Mensupları İle Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik Ek-1’de iş ve görev tanımları yapılmıştır.

⁵⁶³ 6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun m. 1-4, 6643 sayılı Türk Eczacılar Birliği Kanunu, 16.04.1996 sayılı Türk Eczacılar Birliği Yönetmeliği, 09.07.1968 Tarihli Tıbbi Deontoloji Tüzüğü, 10.09.1982 tarihli YTKİY, 12.04.2014 tarihli Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Yönetmelik’te iş ve görev tanımları yapılmıştır.

⁵⁶⁴ 1219 sayılı TŞSTİDK m.51, 24.11.2004 tarihli 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanunu m.2/2, 10.09.1982 tarihli YTKİY m. 133, 22.05.2014 tarihli Sağlık Meslek Mensupları İle Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik Ek-1’de iş ve görev tanımları yapılmıştır.

⁵⁶⁵ 1219 sayılı TŞSTİDK m.63 ve m. 67, 25.02.1954 tarihli 6283 sayılı Hemşirelik Kanunu, 08.10.2010 tarihli Hemşirelik Yönetmeliği m.6, 10.09.1982 tarihli YTKİY m. 132, Türk Hemşireler Derneği’nin 2009 tarihinde “Hemşirelik için Etik İlke ve Sorumluluklar” düzenlemesi, 22.05.2014 tarihli Sağlık Meslek Mensupları İle Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik Ek-1’de iş ve görev tanımları yapılmıştır.

⁵⁶⁶ 1219 sayılı TŞSTİDK m.9/a, 10.09.1982 tarihli YTKİY m. 128, Türk Psikologlar Derneği’nin “Türk Psikologlar Derneği Etik Yönetmeliği, 22.05.2014 tarihli Sağlık Meslek Mensupları İle Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik Ek-1’de iş ve görev tanımları yapılmıştır.

⁵⁶⁷ 1219 sayılı TŞSTİDK Ek m.13/b, 10.09.1982 tarihli YTKİY m. 123, 22.05.2014 tarihli Sağlık Meslek Mensupları İle Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik Ek-1’de iş ve görev tanımları yapılmıştır.

⁵⁶⁸ 1219 sayılı TŞSTİDK Ek m.13/o, 22.05.2014 tarihli Sağlık Meslek Mensupları İle Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik Ek-1’de iş ve görev tanımları yapılmıştır.

⁵⁶⁹ 1219 sayılı TŞSTİDK Ek m.13/c, 22.05.2014 tarihli Sağlık Meslek Mensupları İle Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik Ek-1’de iş ve görev tanımları yapılmıştır.

⁵⁷⁰ 1219 sayılı TŞSTİDK Ek m.13/m, 22.05.2014 tarihli Sağlık Meslek Mensupları İle Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik Ek-1’de iş ve görev tanımları yapılmıştır.

⁵⁷¹ İlk kez 14.07.1965 tarihinde 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 36. Maddesinin 3. Bölümünde “diyetçi” olarak sağlık hizmetleri ve yardımcı sağlık hizmetleri sınıfına dahil edilmişleridir. Yine Türk Standartları Enstitüsü’nün 2004 yılının Nisan ayında yayımlanan raporunda “sağlık meslek alanı” kapsamında kabul edilmişlerdir. 28.04.1937 tarihli 3153 sayılı Radyoloji, Radyom Ve Elektrikle Tedavi Ve Diğer Fizyoterapi Müesseseleri Hakkında Kanun, 10.09.1982 tarihli YTKİY m. 127, 24.07.1985 tarihli Radyasyon Güvenliği Tüzüğü, 24.03.2000 Radyasyon Güvenliği Yönetmeliği, 05.07.2012 tarihli Sağlık Hizmetlerinde İyonlaştırıcı Radyasyon Kaynakları İle Çalışan Personelin Radyasyon Doz Limitleri ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelik, 22.05.2014 tarihli Sağlık Meslek Mensupları İle Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik Ek-1’de iş ve görev tanımları yapılmıştır.

10.09.1982 tarihli YTKİY m. 124, 22.05.2014 tarihli Sağlık Meslek Mensupları İle Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik Ek-1’de iş ve görev tanımları yapılmıştır.

terapisti⁵⁷², podolog⁵⁷³, sağlık fizikçisi⁵⁷⁴, radyoterapi teknikeri⁵⁷⁵, anestezi teknikeri⁵⁷⁶, tıbbi laboratuvar teknisyeni⁵⁷⁷, tıbbi laboratuvar ve patoloji teknikeri⁵⁷⁸, tıbbi görüntüleme teknisyeni/teknikeri⁵⁷⁹, ağız ve diş sağlığı teknikeri⁵⁸⁰, diş protez

⁵⁷² 1219 sayılı TŞSTİDK Ek m.13/d, 22.05.2014 tarihli Sağlık Meslek Mensupları İle Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik Ek-1’de iş ve görev tanımları yapılmıştır.

⁵⁷³ “Podoloq, yara bakımı ve sağaltımında podolojik bakış açısını ve tedavi yöntemlerini uygulayan meslek elemanıdır. Ayak hastalıklarına neden olan faktörleri belirleyerek, tedavisini buna göre planlayan, uygulayan ve tekrarların önlenmesine yönelik koruyucu girişimleri hayata geçiren kişidir. Özel (hekime bağımlı olmadan) olarak veya uzman hekimle birlikte çalışan podolog, aynı zamanda ayak sağlığı bakımı ve koruma eğitimlerini yerine getirerek, bu alanlarda istihdam edebilir. Kamu kurumu dışında aynı zamanda özel olarak da kendi hizmetini sunma yetkisine sahiptir.”, <https://www.podolojiturkiye.org/blog/2014/06/13/podolog-kimdir-ne-is-yapar>, (05.05.2020)1219 sayılı TŞSTİDK Ek m.13/e, 22.05.2014 tarihli Sağlık Meslek Mensupları İle Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik Ek-1’de iş ve görev tanımları yapılmıştır.

⁵⁷⁴ 28.04.1937 tarihli 3153 sayılı Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi ve Diğer Fizyoterapi Müesseseleri Hakkında Kanun, 10.09.1982 tarihli YTKİY m. 127, 24.07.1985 tarihli Radyasyon Güvenliği Tüzüğü, 24.03.2000 Radyasyon Güvenliği Yönetmeliği, 05.07.2012 tarihli Sağlık Hizmetlerinde İyonlaştırıcı Radyasyon Kaynakları İle Çalışan Personelin Radyasyon Doz Limitleri Ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelik, 22.05.2014 tarihli Sağlık Meslek Mensupları İle Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş Ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik Ek-1’de iş ve görev tanımları yapılmıştır.

⁵⁷⁵ 1219 sayılı TŞSTİDK Ek m.13/p, 28.04.1937 tarihli 3153 sayılı Radyoloji, Radyom Ve Elektrikle Tedavi Ve Diğer Fizyoterapi Müesseseleri Hakkında Kanun, 10.09.1982 tarihli YTKİY m. 142, 24.07.1985 tarihli Radyasyon Güvenliği Tüzüğü, 24.03.2000 Radyasyon Güvenliği Yönetmeliği, 05.07.2012 tarihli Sağlık Hizmetlerinde İyonlaştırıcı Radyasyon Kaynakları İle Çalışan Personelin Radyasyon Doz Limitleri ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelik, Radyoterapi Tenikerleri Derneğinin yayınladığı “Radyo Terapi Teknikeri Etik İlkeleri”, 22.05.2014 tarihli Sağlık Meslek Mensupları İle Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik Ek-1’de iş ve görev tanımları yapılmıştır.

⁵⁷⁶ 1219 sayılı TŞSTİDK Ek m.13/g, 10.09.1982 tarihli YTKİY m. 137, 22.05.2014 tarihli Sağlık Meslek Mensupları İle Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik Ek-1’de iş ve görev tanımları yapılmıştır.

⁵⁷⁷ 1219 sayılı TŞSTİDK Ek m.13/g, 10.09.1982 tarihli YTKİY m. 140, 09.10.2013 tarihli Tıbbi Laboratuvar Yönetmeliği m. 4/r,10,11, 15-1/ç, 22.05.2014 tarihli Sağlık Meslek Mensupları İle Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik Ek-1’de iş ve görev tanımları yapılmıştır.

⁵⁷⁸ 1219 sayılı TŞSTİDK Ek m.13/g, 10.09.1982 tarihli YTKİY m. 140 ve m. 146, 09.10.2013 tarihli Tıbbi Laboratuvar Yönetmeliği m. 16/5, 22.05.2014 tarihli Sağlık Meslek Mensupları İle Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik Ek-1’de iş ve görev tanımları yapılmıştır.

⁵⁷⁹ 1219 sayılı TŞSTİDK Ek m.13/h, 10.09.1982 tarihli YTKİY m. 141, 24.07.1985 tarihli Radyasyon Güvenliği Tüzüğü, 24.03.2000 Radyasyon Güvenliği Yönetmeliği, 05.07.2012 tarihli Sağlık Hizmetlerinde İyonlaştırıcı Radyasyon Kaynakları İle Çalışan Personelin Radyasyon Doz Limitleri ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelik, Radyoterapi Tenikerleri Derneğinin yayınladığı “Radyo Terapi Teknikeri Etik İlkeleri”, 22.05.2014 tarihli Sağlık Meslek Mensupları İle Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik Ek-1’de iş ve görev tanımları yapılmıştır.

⁵⁸⁰ 1219 sayılı TŞSTİDK Ek m.13/i, 10.09.1982 tarihli YTKİY m. 3, 44, 120, 03.02.2015 tarihli Ağız ve Diş Sağlığı Hizmeti Sunulan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik Ek m. 5/IX-C, 02.05.2014 tarihli Sağlık Meslek Mensupları İle Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş Ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik Ek-1’de iş ve görev tanımları yapılmıştır.

teknikeri⁵⁸¹, tıbbi protez ve ortez teknisyeni/teknikerleri⁵⁸², ameliyathane teknikeri⁵⁸³, adli tıp teknikeri(otopsi yardımcılığı)⁵⁸⁴, diyaliz teknikeri⁵⁸⁵, perfüzyonist⁵⁸⁶, eczane teknikeri⁵⁸⁷, iş ve uğraşı terapisti(ergoterapist)⁵⁸⁸, iş ve uğraşı teknikleri (ergoterapi teknikeri)⁵⁸⁹, elektronörofizyoloj teknikeri⁵⁹⁰, mamografi teknikeri⁵⁹¹, optisyenler⁵⁹²,

⁵⁸¹ 1219 sayılı TŞSTİDK Ek m.13/i, 10.09.1982 tarihli YTKİY m. 14, 03.02.2015 tarihli Ağız ve Diş Sağlığı Hizmeti Sunulan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik, 07.12.2005 tarihli Diş Protez Laboratuvarları Yönetmeliği, 02.05.2014 tarihli Sağlık Meslek Mensupları İle Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik Ek-1’de iş ve görev tanımları yapılmıştır.

⁵⁸² 1219 sayılı TŞSTİDK Ek m.13/j, 24.09.2011 tarihli Ismarlama Protez ve Ortaz Merkezleri ile İşitme Cihazları Hakkında Yönetmelik, 15.05.2014 tarihli Tıbbi Cihaz Satış, Reklam ve Tanıtım Yönetmeliği, 02.05.2014 tarihli Sağlık Meslek Mensupları İle Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik Ek-1’de iş ve görev tanımları yapılmıştır.

⁵⁸³ 1219 sayılı TŞSTİDK Ek m.13/k, 10.09.1982 tarihli YTKİY m.138, 09.10.2013 tarihli Tıbbi Laboratuvar Yönetmeliği m. 16/5, 22.05.2014 tarihli Sağlık Meslek Mensupları İle Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik Ek-1’de iş ve görev tanımları yapılmıştır.

⁵⁸⁴ 1219 sayılı TŞSTİDK Ek m.13/l, 10.09.1982 tarihli YTKİY m. 86 ve m.87, 14.04. 09.10.2013 tarihli Tıbbi Laboratuvar Yönetmeliği m. 16/5, 1982 tarihli 2659 sayılı Adli Tıp Kurumu Kanunu, 31.07.2004 tarihli Adli Tıp Kurumu Uygulama Yönetmeliği, 20.02.2015 tarihli Adalet Bakanlığı tarafından yayınlanan “Ölü Muayene ve Otopsi İşlemleri” genelgesi, 22.05.2014 tarihli Sağlık Meslek Mensupları İle Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik Ek-1’de iş ve görev tanımları yapılmıştır.

⁵⁸⁵ 1219 sayılı TŞSTİDK Ek m.13/m, 18.06.2010 tarihli Diyaliz Merkezleri Hakkında Yönetmelik m. 13/d, 22.05.2014 tarihli Sağlık Meslek Mensupları İle Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik Ek-1’de iş ve görev tanımları yapılmıştır.

⁵⁸⁶ 1219 sayılı TŞSTİDK Ek m.13/ö, 22.05.2014 tarihli Sağlık Meslek Mensupları İle Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik Ek-1’de iş ve görev tanımları yapılmıştır.

⁵⁸⁷ 1219 sayılı TŞSTİDK Ek m.13/s,21.02.2001 tarihli Huzurevleri İle Huzurevi Yaşı Bakım Ve Rehabilitasyon Merkezleri Yönetmeliği, 27.03.2002 Tarihli Özel Hastaneler Yönetmeliği, 18.05.2012 Tarihli Milli Eğitim Bakanlığı Özel Eğitim Kurumları Yönetmeliği, 02.05.2006 Tarihli Özel Mesleki Rehabilitasyon Merkezleri Hakkında Yönetmelik, 22.05.2014 tarihli Sağlık Meslek Mensupları İle Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik Ek-1’de iş ve görev tanımları yapılmıştır.

⁵⁸⁸ Hastalık, özür ve diğer sağlık nedenlerinden kaynaklanan hareket bozukluklarına, Fizyoterapist kontrolünde fizyoterapi ve rehabilitasyona yönelik tedavi programını uygulayan kişidir., <https://www.dersimiz.com/meslekler-hakkinda-bilgiler/is-ve-ugrasi-terapisi-teknikeri---ergoterapi-teknikeri-23024.html>, (05.05.2020), 10.09.1982 tarihli YTKİY m.138.

⁵⁸⁹ 1219 sayılı TŞSTİDK Ek m.13/ř, 21.02.2001 tarihli Huzurevleri İle Huzurevi Yaşı Bakım Ve Rehabilitasyon Merkezleri Yönetmeliği, 27.03.2002 Tarihli Özel Hastaneler Yönetmeliği, 18.05.2012 Tarihli Milli Eğitim Bakanlığı Özel Eğitim Kurumları Yönetmeliği, 02.05.2006 Tarihli Özel Mesleki Rehabilitasyon Merkezleri Hakkında Yönetmelik, 22.05.2014 tarihli Sağlık Meslek Mensupları İle Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik Ek-1’de iş ve görev tanımları yapılmıştır.

⁵⁹⁰ 1219 sayılı TŞSTİDK Ek m.13/t, 22.05.2014 tarihli Sağlık Meslek Mensupları İle Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik Ek-1’de iş ve görev tanımları yapılmıştır.

⁵⁹¹ 1219 sayılı TŞSTİDK Ek m.13/u, 22.05.2014 tarihli Sağlık Meslek Mensupları İle Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik Ek-1’de iş ve görev tanımları yapılmıştır.

⁵⁹² 5193 sayılı Optisyenlik Hakkında Kanun m.4, 18.01.2014 tarihli Optisyenlik Müesseseleri Hakkında Yönetmelik m.5, 22.05.2014 tarihli Sağlık Meslek Mensupları İle Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer

acil tıp teknikeri⁵⁹³, acil tıp teknisyeni⁵⁹⁴, hemşire yardımcısı⁵⁹⁵, ebe yardımcısı⁵⁹⁶, hastabakıcı hemşire⁵⁹⁷, sağlık bakım teknisyeni⁵⁹⁸, psikiyatrist⁵⁹⁹ gibi meslekler örnek gösterilebilir.

Bu örnek ve açıklamaların ardından çalışmamızda bu suçun failinin kim olabileceğini açıklarken; “Sağlık Meslek Mensupları İle Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik” EK-2’de yer alan meslek gruplarının konumunun tartışılması gerekir.

Doktrinde bir görüşe göre⁶⁰⁰; EK-2’de yer alan mesleklerin sağlık hizmetlerinde çalışmalarına rağmen sağlık mesleği mensubu olarak düzenlemede yer almaması nedeniyle TCK m. 280 anlamında suçun faili kabul edilmemelidirler.

Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik Ek-1’de iş ve görev tanımları yapılmıştır.

⁵⁹³ 1219 sayılı TŞSTİDK Ek m.13/ü ve m. 3’ e eklenen “Acil tıbbi yardım ve bakım ile sınırlı kalmak ve Sağlık Bakanlığınca çıkarılacak yönetmeliğinde belirtilmek kaydıyla acil tıp teknikerleri ile verilecek gerekli eğitimleri başarıyla tamamlamak kaydıyla Türk Silahlı Kuvvetleri, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığında görevli sağlık astsubayları (...) (2) hastaya müdahale edebilir, bu hususta lazım gelen iş ve işlemleri yapabilirler. Hastane öncesi acil tıbbi yardım veren personel özel tip kıyafet giyer. (2) (3)” şeklindeki fıkra, 11.05.2000 tarihli Acil Sağlık Hizmetleri Yönetmeliği, 26.06.2008 tarihli Acil Servis Hizmetlerinin Sunumu konulu Başbakanlık Genelgesi, 26.03.2009 tarihli Ambulans ve Acil Bakım Teknikerleri ile Acil Tıp Teknisyenlerinin Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Tebliğ, m.4-6, 22.05.2014 tarihli Sağlık Meslek Mensupları İle Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik Ek-1’de iş ve görev tanımları yapılmıştır.

⁵⁹⁴ 1219 sayılı TŞSTİDK m. 3’ e eklenen “Acil tıbbi yardım ve bakım ile sınırlı kalmak ve Sağlık Bakanlığınca çıkarılacak yönetmeliğinde belirtilmek kaydıyla acil tıp teknikerleri ile verilecek gerekli eğitimleri başarıyla tamamlamak kaydıyla Türk Silahlı Kuvvetleri, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığında görevli sağlık astsubayları (...) (2) hastaya müdahale edebilir, bu hususta lazım gelen iş ve işlemleri yapabilirler. Hastane öncesi acil tıbbi yardım veren personel özel tip kıyafet giyer. (2) (3)” şeklindeki fıkra, 10.09.1982 tarihli YTKİY m. 119/9, 11.05.2000 tarihli Acil Sağlık Hizmetleri Yönetmeliği, 26.06.2008 tarihli Acil Servis Hizmetlerinin Sunumu konulu Başbakanlık Genelgesi, 26.03.2009 tarihli Ambulans ve Acil Bakım Teknikerleri ile Acil Tıp Teknisyenlerinin Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Tebliğ, m.4-6, 22.05.2014 tarihli Sağlık Meslek Mensupları İle Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik Ek-1’de iş ve görev tanımları yapılmıştır.

⁵⁹⁵ 1219 sayılı TŞSTİDK Ek m.13/v, dolaylı olarak 10.09.1982 tarihli YTKİY m.119/9, 22.05.2014 tarihli Sağlık Meslek Mensupları İle Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik Ek-1’de iş ve görev tanımları yapılmıştır.

⁵⁹⁶ 1219 sayılı TŞSTİDK Ek m.13/y, 10.09.1982 tarihli YTKİY m.119/9, 22.05.2014 tarihli Sağlık Meslek Mensupları İle Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik Ek-1’de iş ve görev tanımları yapılmıştır.

⁵⁹⁷ 1219 sayılı TŞSTİDK m. 63 ve 68 arasındaki hükümler.

⁵⁹⁸ 1219 sayılı TŞSTİDK Ek m.13/z, 22.05.2014 tarihli Sağlık Meslek Mensupları İle Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik Ek-1’de iş ve görev tanımları yapılmıştır.

⁵⁹⁹ Günday, s. 189.

⁶⁰⁰ Koç, s. 20.

Doktrinde bizim de katıldığımız hakim görüşe göre ise⁶⁰¹; 224 sayılı Kanun'un yukarıda belirttiğimiz 2. maddesi gereğince önemli olanın sağlık hizmeti sunulması olup doğrudan ya da dolaylı yoldan olması önem arz etmemektedir. Bu nedenle EK-2'de yer alan kimselerin TCK m. 280 kapsamında “diğer kişiler” altında fail olarak kabul edilmesi gerekir. Nitekim kanun hükmünün gerekçesinde de bir tıbbi tahlil laboratuvarında görev yapan kişilerin diğer kişilere örnek olarak gösterilmesi bunun kanıtıdır.

Bu nedenle çalışmamızda bu suçun failinin kim olabileceğini açıklarken; yukarıda belirttiğimiz hükümlere ek olarak “Sağlık Meslek Mensupları İle Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik” EK-2'de yer alan meslek gruplarına da yer verdik.

EK-2 kapsamında; psikolog⁶⁰², biyolog⁶⁰³, çocuk gelişimcisi⁶⁰⁴, sosyal çalışmacı/ sosyal hizmet uzmanı⁶⁰⁵, sağlık eğitimcisi/tıbbi teknolog⁶⁰⁶, sağlık idarecisi⁶⁰⁷, çevre sağlığı teknisyeni/teknikeri⁶⁰⁸, yaşlı bakım teknikeri/evde hasta

⁶⁰¹ Nuhoglu, s. 19, Hızal, “Türk Ceza Kanununda Sağlık Personelinin İhbar Yükümlülüğü” s. 127, Kolcu, s. 176, Bulut, ss. 85-86, Erbaş, s. 148, Karahan, s. 959, Yaşar ve diğerleri, s. 8040.

⁶⁰² 22.05.2014 tarihli Sağlık Meslek Mensupları İle Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik Ek-2'te iş ve görev tanımları yapılmıştır.

⁶⁰³ 22.05.2014 tarihli Sağlık Meslek Mensupları İle Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik Ek-2'te iş ve görev tanımları yapılmıştır.

⁶⁰⁴ 07.01.1999 Tarihli “Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Çocuk Yuvaları Yönetmeliği” m. 13, 06.02.1197 tarihli “Ana Çocuk Sağlığı ve Aile Planlaması Merkezleri Yönetmeliği” m. 28, 24.12.2006 tarihli “Çocuk Koruma Kanunun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik”, Çocuk Destek Merkezleri Yönetmeliği m. 34, 22.05.2014 tarihli Sağlık Meslek Mensupları İle Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik Ek-2'te iş ve görev tanımları yapılmıştır.

⁶⁰⁵ 24.05.1983 tarihli 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu, YTKİY m.35, 16.02.2011 tarihli Tıbbi Sosyal Hizmet Uygulama Yönergesi m.12, 22.05.2014 tarihli Sağlık Meslek Mensupları İle Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik Ek-2'te iş ve görev tanımları yapılmıştır.

⁶⁰⁶ 22.05.2014 tarihli Sağlık Meslek Mensupları İle Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik Ek-2'de iş ve görev tanımları yapılmıştır.

⁶⁰⁷ YTKİY m.147, 22.05.2014 tarihli Sağlık Meslek Mensupları İle Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik Ek-2'te iş ve görev tanımları yapılmıştır.

⁶⁰⁸ 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu, 2872 Sayılı Çevre Kanunu, 22.05.2014 tarihli Sağlık Meslek Mensupları İle Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik Ek-2'te iş ve görev tanımları yapılmıştır.

bakım teknikeri⁶⁰⁹, tıbbi sekreter⁶¹⁰, biyomedikal cihaz teknikeri⁶¹¹ gibi meslek grupları da bu suçun failine örnek olarak gösterilebilecektir⁶¹².

Son olarak bu suçun failini belirlerken; 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 36. maddesinin 3. fıkrasının değerlendirilmesi gerekecektir. Hükümde *“Sağlık Hizmetleri ve Yardımcı Sağlık Hizmetleri Sınıfı”* başlığı altında *“Bu sınıf, sağlık hizmetlerinde (Hayvan sağlığı dahil) mesleki eğitim görerek yetişmiş olan tabip, diş tabibi, eczacı, veteriner hekim gibi memurlar ile bu hizmet sahasında çalışan yüksek öğrenim görmüş fizikoterapist, tıp teknolojü, ebe, hemşire, sağlık memuru, sosyal hizmetler mütehassısı, biyolog, psikolog, diyetçi, sağlık mühendisi, sağlık fizikçisi, sağlık idarecisi ile ebe ve hemşire, hemşire yardımcısı, (Fizik tedavi, laboratuvar, eczacı, diş anestezi, röntgen teknisyenleri ve yardımcıları, çevre sağlığı ve toplum sağlığı teknisyeni dahil) sağlık savaş memuru, hayvan sağlık memuru ve benzeri sağlık personelinin kapsar.”* denerek sağlık hizmetleri sınıfında kimlerin dahil olduğu ifade edilmiştir⁶¹³.

⁶⁰⁹ 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu, 03.09.1997 Özel Huzurevleri ve Yaşlı Bakımevleri Yönetmeliği, 21.02.2001 tarihli Huzurevleri ile Huzurevi Yaşlı Bakım ve Rehabilitasyon Merkezleri Yönetmeliği, 10.03.2003 tarihli Evde Bakım Hizmetlerinin Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönerge, 27.02.2015 tarihli Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşları Tarafından Evde Sağlık Hizmetlerinin Sunulmasına Dair Yönetmelik m. 9, 22.05.2014 tarihli Sağlık Meslek Mensupları İle Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik Ek-2’te iş ve görev tanımları yapılmıştır.

⁶¹⁰ YTKİY m. 160, 06.11.2001 tarihli Yataklı Tedavi Kurumları Tıbbi Kayıt ve Arşiv Hizmetleri Yönergesi m. 11 ve m.14, 22.05.2014 tarihli Sağlık Meslek Mensupları İle Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik Ek-2’te iş ve görev tanımları yapılmıştır.

⁶¹¹ YTKİY m. 106/A, 01.04.2005 tarihli 8720 Bakanlar Kurulu Kararı, Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik m. 25.

⁶¹² Aykut Cemil Aykın ve Serkan Çınarlı, Sağlık Personelinin Hukuki Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, ss. 38- 178.

⁶¹³ *“III - Sağlık Hizmetleri ve Yardımcı Sağlık Hizmetleri Sınıfı: Bu sınıf, sağlık hizmetlerinde (Hayvan sağlığı dahil) mesleki eğitim görerek yetişmiş olan tabip, diş tabibi, eczacı, veteriner hekim gibi memurlar ile bu hizmet sahasında çalışan yüksek öğrenim görmüş fizikoterapist, tıp teknolojü, ebe, hemşire, sağlık memuru, sosyal hizmetler mütehassısı, biyolog, psikolog, diyetçi, sağlık mühendisi, sağlık fizikçisi, sağlık idarecisi ile ebe ve hemşire, hemşire yardımcısı, (Fizik tedavi, laboratuvar, eczacı, diş anestezi, röntgen teknisyenleri ve yardımcıları, çevre sağlığı ve toplum sağlığı teknisyeni dahil) sağlık savaş memuru, hayvan sağlık memuru ve benzeri sağlık personelinin kapsar. (Ek paragraf: 10/7/2003-4924/11 md.) Bu sınıfa dahil personel tarafından yerine getirilmesi gereken hizmetler, lüzumu halinde bedeli döner sermaye gelirlerinden ödenmek kaydıyla, Bakanlıkça tespit edilecek esas ve usullere göre hizmet satın alınması yoluyla gördürülebilir.”*

Doktrinde bir görüşe göre⁶¹⁴; 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun yukarıdaki hükmünün bu suç bakımından failin kapsamını belirlerken dikkate alınması gerektiği ifade edilmektedir.

Aksi yöndeki görüşe göre ise⁶¹⁵; bu kimselerin sağlık hizmetlerinde çalışmalarına rağmen sağlık mesleği mensubu olarak düzenlenmemiş olmaları nedeniyle bu suçun faili olamayacaklardır.

Bu tartışma bakımından öncelikle belirtmemiz gerekir ki 657 sayılı Kanun’un ilgili hükmünün “*Sağlık Hizmetleri ve Yardımcı Sağlık Hizmetleri Sınıfı*” başlığı altında değerlendirilmiş olması bizler için yol göstericidir. Hükmün başlığı sayılan meslek gruplarının doğrudan ya da dolaylı olarak sağlık hizmeti sunması bakımından bir fark göz etmemiştir. Hüküm düzenlenirken temel kıstas bu kimselerin sağlık hizmeti sunuyor olmasıdır. Yukarıda da belirttiğimiz üzere bir kimsenin sağlık mesleği mensubu olarak kabul edilebilmesi için sağlık hizmeti sunuyor olması yeterlidir.

Kaldı ki TCK m. 280 bakımından kanun koyucu bu hususu dikkate alarak “*sağlık hizmeti veren diğer kişiler*” kavramına bilinçli bir şekilde yer vermiştir. Bunun nedeni ise sağlık mesleği mensubu kavramının çok geniş olması nedeniyle sınırlayıcı bir sayım yapılamaması ve mevzuatın dağınık ve çok geniş olmasıdır. Yani kanun koyucu aslında mevzuatın bütünü dikkate alınarak failin kim olabileceğinin tespit edilmesini bilinçli bir şekilde tercih etmiştir. Nitekim hükmün gerekçesinde de bu yaklaşımını devam ettirerek “*tıbbi tahlil laboratuvarında görev yapan kişilerin*” dahi bu suçun faili olabileceğini belirtmiştir. Bu bütüncül yaklaşım bizi 657 sayılı Kanun’un 36. maddesinin 3. fıkrasında yer alan kimselerin de bu suçun faili olabileceği sonucuna ulaştırmaktadır.

Sonuç olarak ifade etmek gerekir ki sağlık mesleği mensupları bakımından mevzuattaki düzenlemeler çok dağınık ve birbiriyle örtüşmeyen bir haldedir. Bu durum sağlık mesleği mensubu kavramının kapsamını önü alınamaz bir şekilde genişletmektedir. Fakat mevzuattaki bütün düzenlemeler bağlayıcı olup somut olayın özelliklerine göre bazı meslek gruplarını kabul edip bazı meslek gruplarını suçun faili

⁶¹⁴ Kocasakal, s. 177., Özgüç, s. 1006, Yaşar ve diğerleri, s. 8040.

⁶¹⁵ Koç, s. 20.

olarak kabul etmemek gibi bir durum söz konusu olamayacaktır. Çünkü bu yaklaşım kanunilik ilkesine aykırı olup sübjektif değerlendirmelerden ibarettir.

Bu sorunu çözmek adına öncelikle 1219 sayılı TŞSTİHK’da diğer mevzuat düzenlemeleriyle yeknesak ve uyumlu bir düzenleme yapılması gerekmektedir. Gelişen sağlık teknolojileri ve ihtiyaçları yeni meslek gruplarının doğuşuna zemin hazırlamıştır. Nitekim bu durum dikkate alınarak 2011 tarihli 6225 sayılı kanunun 9. maddesiyle TŞSTİHK’ye madde Ek-13 eklenmiştir. Nasıl ki ihtiyaçlar doğrultusunda yeni kanun hükmü geçmiş zamanlarda eklendiyse mevcut gelişmeler karşısında yeni bir düzenlemenin de tekrardan yapılması gerekmektedir.

Mevzuatta ifade edilen bu bütünlük sağlandıktan sonra ise failin sorumluluğu hangi mesleği icra ettiğine göre hukuki temeli olmayan bir ayırım ile değil de öncelikle suçun manevi unsuru ve hata hükümleri ile çözümlenmelidir. Elbette ki mevzuatta *“sağlık mesleği mensubu ve sağlık hizmeti veren diğer kimseler”*in kapsamı çok geniş olup bu kapsamda yer alan herkesin bir hekim gibi tıbbi bulguları yorumlaması mümkün değildir. İşte bu noktada somut olayın özellikleri devreye girecektir.

Örneğin; cinsel saldırıya uğradığını belirterek hekime başvurmuş hastanın tüm kıyafetlerinin yırtık olması, vücudunda darp izlerinin yer alması ve kendisinin olay örgüsünü anlatması karşısında hekimin yanında yer alan tıbbi sekreterin tıbbi bulguları yorumlayamadığı, sağlık hizmeti sunmadığı için sağlık mesleği mensubu olmadığı gibi gerekçelerle bildirim yükümlülüğünün bulunmadığını ifade etmenin hukuki bir temeli bulunmamaktadır. Kaldı ki mevzuatta failin tespiti bakımından yer alan hükümleri uygularken hangisinin uygulanacağı noktasında bir tercih ya da takdir hakkı bulunmamaktadır. Bu noktada ortaya çıkacak sorunlar; suçun unsurlarındaki nüanslar ve somut olayın özellikleri dikkate alınarak çözülecektir.

Bu suçun failinin kimler olabileceğini ifade ettikten sonra; burada önem arz eden ilk husus sağlık mesleği mensubunun hukuka uygun bir şekilde mesleki unvanını kazanmış ve mesleği icra ediyor olması gerekmektedir. Halk arasında üfürükçü, kırıkçı gibi sıfatlarla adlandırılan kimseler bu suç bakımından fail olarak kabul edilemeyecek

ancak somut olayın özelliklerine göre TCK m. 278 veya TCK m. 279 bakımından fail olabileceklerdir⁶¹⁶.

Ayrıca ifade etmek gerekir ki bu kimselerin eylemleri bakımından TŞSTİYDK m. 25 *“Diploması olmadığı hâlde, menfaat temin etmek amacına yönelik olmasa bile, hasta tedavi eden veya tabip unvanını takınan şahıs iki yıldan beş yıla kadar hapis ve bin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır.”* hükmü Gereğince Haksız Hekimlik Yapma Suçu ve m. 41 *“Kişisel çıkar amacı olmasa bile diplomasız olarak dış hekimliği mesleğine ilişkin herhangi bir muayene veya müdahale yapan, dış hekimliği klinik hizmetleri ile ilgili işyeri açanların meslek icraları durdurulur. Bu kimseler hakkında üç yıldan beş yıla kadar hapis ve bin güne kadar adlî para cezasına hükmolunur.”* hükmü gereğince Haksız Dış Hekimliği Yapma Suçu somut olayın özelliklerine göre oluşabilecektir. Doktrinde bu husus tartışmalı olup bu kimselerin eylemleri bakımından doğacak suç tipine ilişkin çeşitli görüşler bulunmaktadır.

Kocasakal’a göre bu durumda 1219 sayılı TŞSTİYDK m. 25 gereğince haksız hekimlik yapma suçu oluşabilecek ise de fiillerin farklı olmasından kaynaklı TCK m. 278 ve 279 ile fıkri içtima kuralları uygulanmayacak olup artık burada iki ayrı suçun bulunduğunu kabul etmek gerekecektir⁶¹⁷.

Aksi yöndeki görüşe göre ise⁶¹⁸; failin kamu personeli olması unsurunu ön plana çıkararak artık burada yalnızca TCK m. 279 söz konusu olabilecektir. Bir başka görüş göre ise;⁶¹⁹ bu durumda 1219 sayılı TŞSTİYDK m. 25 vücut bulacaktır.

Bu tartışmayla paralel ifade etmek gerekir ki hekimlik mesleğinin icrası için belirli şartlar mevcut olup zaman içerisinde bu şartlarda değişiklikler olmuştur. İfade etmek gerekir ki 2011 yılından önce hekimlik mesleğinin icra edilebilmesi için Türk vatandaşı olmak şartı aranmaktaydı. 11.10.2011 tarihli ve *“663 Sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname”* nin 58. maddesiyle 1219 sayılı kanunun 4. maddesinde yer alan *“Türk hekimlerinin”* ibaresinin yerini *“hekimlerin”* ibaresi almıştır. Nitekim bu gelişmeyi

⁶¹⁶ Ünver, (TCK’da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar), s. 396.

⁶¹⁷ Kocasakal, ss. 178-179., Giyik, s. 194.

⁶¹⁸ Çakmut, s. 1064., Bu yöndeki bir başka görüşe göre de failin kamu görevlisi olmaması halinde TCK m. 278 vücut bulacaktır. Koç, ss. 19,21.

⁶¹⁹ Erem, Şerh, s. 2582.

takiben 22.02.2012 tarihli ve 282121 sayılı “Yabancı Sağlık Meslek Mensuplarının Türkiye’de Özel Sağlık Kuruluşlarında Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik” yayımlanmıştır. Bu yönetmeliğin 2. maddesinin 1. fıkrasında “Bu Yönetmelik; dış hekimi, eczacı ve hastabakıcılar hariç özel sağlık kuruluşlarında çalışacak tüm yabancı sağlık meslek mensuplarını kapsar.” denerek yabancı uyruklu kimselerin de hukuka uygun bir şekilde olmak kaydıyla sağlık mesleği mensubu olabilecekleri kabul edilmiştir. Fakat yönetmelikteki istisnada belirtildiği gibi dış hekimi, eczacı ve hasta bakıcı olamayacaklardır.

Burada bir diğer üzerinde durulması gereken husus asistan hekim ve intörn hekimlerin konumudur. 14.05.2002 Tarihli 2002/4198 numaralı “Tıpta Uzmanlık Tüzüğü”nün 13. maddesinde göre asistan hekim; “kurumlarındaki kadro unvanları ne olursa olsun, tıp veya dış hekimliği uzmanlık ana veya yan dallarından birinde uzman olarak yetiştirilmek amacıyla, bu Tüzük ve özel mevzuat hükümleri çerçevesinde öğrenim, eğitim, araştırma ve uygulama yapmak üzere atanan tıp doktoru veya dış hekimi” şeklinde tanımlanmıştır.

Doktrinde ise asistan hekimler “Kurumlarındaki kadro unvanları ne olursa olsun, tıp ya da dış hekimliği uzmanlık ana ya da yan dallarından birinde uzman olarak yetiştirilmek amacıyla, özel mevzuat hükümleri çerçevesinde öğrenim, eğitim, araştırma ve uygulama yapmak üzere atanan tıp doktoru, dış hekimi ya da veteriner hekimler” şeklinde tanımlanmaktadır⁶²⁰. İntörn ise doktrinde; “Tıp ve Dış Hekimliği Fakülteleri son sınıfında okuyan, araştırma görevlileri ve uzman hekimler gözetim ve denetiminde mesleki pratik öğrenen öğrenciler” olarak tanımlanmaktadır⁶²¹.

Bu tanımlardan yola çıkarak ifade etmek gerekir ki asistan hekim TCK m. 280 kapsamında pratisyen ve uzman hekimler gibi sağlık mesleği mensubu olup bu suçun faili olabilirken intörnler tıp fakültesi son sınıf öğrencisi konumunda olduğu için hekim olarak kabul edilmeyecek ve bu suçun faili olamayacaklardır⁶²². Çünkü intörnler konum itibarıyla hastaya karşı değil denetimi ve gözetimi altında çalıştıkları

⁶²⁰Hüseyin Durdu, Sağlık Hukuku Sağlık Meslek Mensubunun Tanımı-Yetki-Görev-Hak ve Yükümlülüğü, Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul, Kasım 2014, s.9.

⁶²¹ Durdu, s. 9.

⁶²² Hızal, Yeni Türk Ceza Kanununda Sağlık Personelinin İhbar Yükümlülüğü, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 8.

uzman hekime karşı sorumludurlar. Fakat belirtmek gerekir ki bu intörnlerin sır saklama yükümlülüğü bulunmadığı anlamına gelmeyecektir.

Doktrinde her ne kadar birçok yazar⁶²³ tarafından sünnetçilerin de bu suç tipi bakımından sağlık mesleği mensubu olduğunu ifade edilmiş ise de mevcut hukuki düzenleme bakımından bu görüş isabetsizdir.

Şöyle ki; eserlerin yazıldığı dönemde TŞSTİYDK'un 58. ve 59 maddeleri henüz mülga olmadığı için sünnetçiler sağlık mesleği mensubu olarak kabul edilebiliyordu. Fakat söz konusu hükümler 2/1/2014 tarihinde mülga olmuştur. Yine aynı kanunun geçici 10. maddesinde *“Bu maddenin yayımı tarihi itibarıyla mülga 58 inci ve 59 uncu maddeler uyarınca sünnetçilik etme yetkisi bulunanlar, 31/12/2014 tarihine kadar sünnetçilik etmeye devam edebilir.”* şeklinde bu husus açık bir şekilde ifade edilmiştir. Bu sebeple 31/12/2014 tarihinde kadar sünnetçiler sağlık mesleği mensubu olarak kabul edilebilirken bu tarihten sonra sağlık mesleği mensubu olarak kabul edilemeyeceklerdir. Nitekim aynı kanunun 3. maddesinin birinci ve ikinci fıkrasında sünnet işleminin tabipler tarafından yapılacağı 2/1/2014 tarihinde hükme eklenen ek cümle ile *“Ancak, olağanüstü ve istisnai hâllerde Sağlık Bakanlığınca düzenlenecek eğitimi alan kimseler tarafından hekim gözetiminde sünnet ameliyesi yapılmasına Bakanlıkça izin verilebilir.”* denerek yine bir tabip kontrolünde sınırlı bir yetki verilmiştir. Görüldüğü üzere sünnetçilerin tek başlarına sünnet yapma yetkileri de ortadan kaldırılmıştır.

Doktrinde veterinerlerin bu kapsama dahil edilip edilemeyeceği tartışmalı bir husustur.

Bir görüşe göre⁶²⁴ bu suç tipiyle korunan hukuki yarar adli faaliyetlerin yararı olduğundan veteriner hekim de bittabi görevleri esnasında başta hayvanlara karşı işlenen suçlar gibi birçok suçtan haberdar olabilecek ve bunu m. 280 kapsamında

⁶²³Bulut, s. 85, Yaşar ve diğerleri, s. 8040, Nuhoglu, s. 19.

Bu yazarlara ek olarak bazı yazarlar hükmün mülga olmasından sonra bile hiçbir hukuki temeli olmaksızın sünnetçilerin sağlık mesleği mensubu olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedirler. Bakınız: Kolcu, s. 176.

⁶²⁴Tezcan ve diğerleri, s.1274, Erbaş, s.149; Yazar korunan hukuki değer in adil yargılanma hakkı olması sebebiyle veteriner hekimin de görevini icra ederken bir suçla karşılaşması muhtemel olup bu suçun faili olabileceğini kabul etmektedir. Ünver, (TCK'da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar), s. 394.; Ünver, Hekimin Cezai Sorumluluğu, s.138., Nuhoglu, s. 19. Yaşar ve diğerleri, s. 8040.

bildirmek yükümlülüğü altına gireceklerdir. Nitekim kanunda bu suç tipi için bildirim yükümlülüğü 765 sayılı TCK'nın 530. maddesinin aksine belirli suçlarla sınırlandırılmamıştır.

Karşı görüşe göre ise⁶²⁵; hayvanların hukuk sistemimizde mal olarak kabul edilmesi, sağlık mesleği mensupları insan sağlığı ile ilgilenen kimseler olması ve nitekim kanun hükmün “sağlık mesleği mensupları” ifadesine yer verilerek açık bir şekilde belirtilmek istendiği için veterinerler m. 280 kapsamında kabul edilemeyecektir. Ayrıca belirtmek gerekir ki hüküm kapsamında anılan kişilerin tıp mesleğini icra etme yetkisine sahip olması ve bunu hukuka uygun bir şekilde yerine getirmesi gerekmektedir. Aksi takdirde artık m. 280 değil TCK m.278 veya m.279 vücut bulacaktır.

Bu görüşle paralel bazı yazarlara göre; hayvanlara karşı gerçekleştirilen çoğu eylemin 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu'nun 14/a, 21 ve 28. maddeleri gereğince kabahat olarak kabul edilmesi⁶²⁶ hatta bazı yazarlara göre hayvanlara karşı gerçekleştirilen eylemlerin hiçbir zaman suç oluşturmaması gibi gerekçeler göstermekte ve bu sebeple hayvanlara karşı işlenen bir suç ile karşılaşamayacağı ifade edilmektedir⁶²⁷.

Ünver bu görüşü⁶²⁸; dayanak olarak Hayvanların Korunması Kanunu'nda hayvanlara karşı haksız eylemlerin birkaçının kabahat sayılması karşısında bazı eylemlerin de suç olarak düzenlenmiş bulunması, bildirilmesi gereken suçlar bakımından bir sınırlama getirilmemiş olunması sebebiyle eleştirilmektedir.

⁶²⁵ Çakmut, s.1052, Bu görüşü savunan bir yazara göre hayvanlar aracılığıyla suç işlenebileceği veya hayvanın üzerinde suça ait bir iz ya da emareye rastlanabileceği göz önünde bulundurularak bu hükmün düzenlenmesi gerekirdi. Zafer, Sağlık Mesleği, s.1335, Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (Millete ve Devlete Karşı Suçlar), 1. Baskı, USA Yayıncılık, Ankara, Kasım 2016, s.194, Erem, TCK Şerhi, s. 2582., Gültekin, s. 106., Karahan, s. 960., Kolcu, s. 175., Koç, ss. 21-23, Doktrinde bu görüş hayvanların her daim bir suçun mağduru olmasının zorunlu olmadığı suçun konusu da olabileceği ifade edilmektedir. Örnek olarak ise TCK m. 151'de düzenlenen “Mala Zarar Verme” suç u gösterilmektedir. Çünkü bu suçun konusunu sahipli hayvan oluşturabilmektedir. Bu görüş için bakınız: Özgüç, “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m. 280)”, s. 1007.

⁶²⁶ Kocasakal, s. 178.

⁶²⁷ Yağlıdere, s.65.

⁶²⁸ Ünver, (TCK'da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar), s. 395.

Özgüç'e göre⁶²⁹; her ne kadar 1219 sayılı Kanun'da veteriner hekimler yer almasa da 657 Sayılı Kanun'da yer aldığı için veterinerler de sağlık mesleği mensubu olarak kabul edilebilecektir.

Bizim de katıldığımız doktrindeki bir başka görüşe göre⁶³⁰; bu suç bakımından önemli olanın veterinerin fail konumunda olup olmamasıdır. Burada işlenen suçun hayvana karşı işlenmesi zorunlu olmayıp hayvanın araç olarak kullanılması suretiyle insana karşı işlenmesi de söz konusu olabilecektir. Nitekim madde metninde bildirilmesi gereken işlenmiş olan suçun insanlara karşı olması gerektiği yazmamaktadır. Topluma, aile düzenine, malvarlığına veyahut çevreye karşı işlenebilecek suçların da bildirilmesi gerekmektedir. Ayrıca hayvan sağlığı insan ve çevre sağlığı ile doğrudan ilişki içerisinde bulunduğundan veterinerin bu suçun faili olabilecektir.

Kanaatimizce yukarıdaki görüşle paralel olarak; öncelikle hükümde işlenmiş olan suçun kime karşı olması ya da nasıl işlenmesi gerektiğine ait hiçbir ayrım bulunmamaktadır. Aksi yöndeki görüşlerin; sanki uygulamada sadece hayvanlara karşı haksız eylemlerin yöneltildiği ve bu eylemlerin de Hayvanları Koruma Kanunu kapsamında yalnızca kabahat olarak kabul edildiği gibi yanlış ve isabetsiz bir inançları bulunmaktadır. Oysa haksız eylemler yalnızca hayvana karşı yöneltilmemekte bittabi hayvan haksız eylemin aracı olabilecek ya da bir suçun hukuki konusu olabilecektir.

Bu açıklamalar doğrultusunda çeşitli örnekler verilebilecektir. Hayvanların suçun hukuki konusu olduğu hallere örnek verecek olursak; nitelikli hırsızlık suçu olarak kabul edilen TCK m. 142/2-g'de "*suçun büyük veya küçük baş hayvan hakkında işlenmesi hâlinde, beş yıldan on yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*" denerek ayrı bir cezai düzenlemeye yer verilmiştir. Yine TCK m. 151/2'de mala zarar verme suçu bakımından "*Haklı bir neden olmaksızın, sahipli hayvanı öldüren, işe yaramayacak*

⁶²⁹ Özgüç, "Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m. 280)", s. 1007.

⁶³⁰ Ünver, (TCK'da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar), s. 394-395., Giyik, s. 193, Ünver, Hekimin Ceza Sorumluluğu, s. 138. Özgüç, "Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m. 280)", s. 1007.

hale getiren veya değerinin azalmasına neden olan kişi hakkında yukarıdaki fıkra hükmü uygulanır.” hükmü örnek verilebilir⁶³¹.

“Hayvanın tehlike yaratabilecek şekilde serbest bırakılması” başlıklı TCK m. 177’de “Gözetimi altında bulunan hayvanı başkalarının hayatı veya sağlığı bakımından tehlikeli olabilecek şekilde serbest bırakan veya bunların kontrol altına alınmasında ihmâl gösteren kişi, altı aya kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.” denerek suça konu eylemin gerçekleştirilmesinin odağında yine hayvan bulunmaktadır. TCK’da hayvanların korunmasına ilişkin en önemli düzenlemelerden biri de “Çevrenin kasten kirletilmesi” başlıklı TCK m. 181/4’te “Bir ve ikinci fıkralarda tanımlanan fiillerin, insan veya hayvanlar açısından tedavisi zor hastalıkların ortaya çıkmasına, üreme yeteneğinin körelmesine, hayvanların veya bitkilerin doğal özelliklerini değiştirmeye neden olabilecek niteliklere sahip olan atık veya artıklarla ilgili olarak işlenmesi halinde, beş yıldan az olmamak üzere hapis cezasına ve bin güne kadar adli para cezasına hükmolunur.” şeklinde yer alan hükümdür⁶³².

Yine bir başka örnek olarak; somut olayda kaçak yollarla cins hayvan ticareti yapıldığı öğrenen veteriner hekim bakımından elbette bildirim yükümlülüğü doğacaktır. “Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu”nun 3. maddesinin 1. fıkrasında “Eşyayı, gümrük işlemlerine tabi tutmaksızın ülkeye sokan kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis ve on bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Eşyanın, gümrük kapıları dışından ülkeye sokulması halinde, verilecek ceza üçte birinden yarısına kadar artırılır.” denerek bu eylem suç olarak nitelendirilmiş ve cezai yaptırım öngörülmüştür. Nitekim aynı kanunun 4. maddesinin 9. fıkrasında eşyanın “canlı hayvan” olması nitelikli hal olarak kabul edilmiştir.

Bu örneklerden ayrı olarak hayvanlara karşı yöneltilen haksız eylemlere ilişkin bakış açısı; günümüzde hayvan haklarının korunması bakımından verilen kıymetli uğraşlar sonucu değişmiş ve gelişmiştir. Bunun en güzel yansıması 04.01.2018 tarihli “Hayvanları Koruma Kanunu ve Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik

⁶³¹ Burcu Dönmez, "Hayvanlara Yönelik İşlenen Suçlar", Journal of Yaşar University, Cilt:8, Sayı: Özel, Haziran 2013, s. 905., <https://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/25-Burcu-D%C3%96NMEZ.pdf>, (06.05.2020).

⁶³² Dönmez, ss. 908-912.

Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı”⁶³³ dır. Tasarıyla Hayvanları Koruma Kanunu’nun 28. maddesinde değişiklik yapılacak olup “*Suçlar*” başlığı ile 28A maddesi eklenmek istenmektedir. Bu maddede hayvanlara karşı yöneltilen birçok eyleme yaptırım olarak hapis cezası öngörülmüştür⁶³⁴. Hal böyle iken veteriner hekimler kanaatimizce bu suçun faili olabileceklerdir.

Bu durumla ilgili özellikle psikiyatristlerin m. 280 kapsamında bildirim yükümlülüğü üzerinde durulmalıdır. Sır saklama yükümlülüğü psikiyatrik tedavilerde çok büyük bir öneme sahiptir. Terapi esnasında gizliliğin sağlanmaması halinde hasta doğru bilgi vermeyebileceği gibi hiçbir şekilde iletişim de kurmak isteyebilecektir. Bu durum terapötik süreci olumsuz etkileyerek sekteye uğratacaktır. Çünkü hastanın öyküsü teşhis ve tedavi sürecinin anahtarı niteliğindedir⁶³⁵.

Psikiyatristler tedavi esnasında yalnızca fiziksel sorunlara değil hastanın en mahrem duygularını, rüyalarını, travmalarını, cinsel deneyimlerini, cinsel yönelimlerini öğrenmektedir⁶³⁶. Bu sebeple psikiyatri hastaları göz önünde bulundurulduğunda suça ilişkin belirti sayılabilecek haller birçok hasta bakımından yaygın olarak görülebilecektir. Hal böyle iken bazı mesleklerin doğası gereği belirti kavramı karşısında daha farklı sorumlulukları doğabilecektir. Fakat unutulmamalıdır ki psikiyatri hastalarının teşhis ve tedavi öncesi veya çok başında yer alan söylem ya da davranışları çoğunlukla bu suç tipi bakımından belirti olabilecek niteliktedir.

⁶³³ https://bianet.org/system/uploads/1/files/attachments/000/002/050/original/hayvanlar%C4%B1_koruma_kanunu_tasar%C4%B1s%C4%B11.pdf?1516201058- (06.05.2020).

⁶³⁴ “(1) Sahipli veya sahipsiz hayvana acımasız ve zalimce muamelede bulunan veya eziyet eden ya da bu hayvanı haklı bir neden olmaksızın öldüren kişi dört aydan üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.

(2) Nesli yok olma tehlikesi altında olan bir hayvanı öldüren kişi üç yıldan yedi yıla kadar hapis veya beşyüz günden beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

(3) Yukarıdaki fıkralarda düzenlenen suçların birden fazla hayvana karşı işlenmesi durumunda verilecek ceza yarı oranında arttırılır.

(4) Hayvanları birbirine zarar verecek şekilde dövüşürenler iki aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.

(5) Birinci fıkra da belirtilen suçların sahipli hayvana karşı işlenmesi halinde soruşturma yapılması hayvan sahibinin şikâyetine; bu maddede belirtilen diğer suçların işlenmesi halinde soruşturma yapılması ise Bakanlık tarafından cumhuriyet başsavcılığına yazılı başvuruda bulunulmasına bağlıdır. Bakanlığın başvurusu muhakeme şartı niteliğindedir.”, Tasarı hakkında detaylı bilgi için bakınız: Zekiye Özen İnci, “Güncel Gelişmeler Işığında Türkiye’de Hayvanların Ceza Hukuku Bakımından Korunması”, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , Cilt:5, Sayı:1, 2019, ss. 18-20., <http://static.dergipark.org.tr/article-download/20c7/4757/b06c/5d821a6d12054.pdf?> (06.05.2020).

⁶³⁵ Günday, s. 184.

⁶³⁶ Hızal, “Türk Ceza Kanunun’daki Düzenlemeler Işığında Psikiyatristlerin İhbar Yükümlülüğü ve Hasta Mahremiyetinin Sınırları, ss. 566-567.

Nitekim bu durum dolayısıyla doktrinde psikiyatristin hastasının tedavi esnasında verdiği beyanları karşısında nasıl hareket edeceği tartışmalı bir husustur.

Bir kısım yazara göre⁶³⁷ hastanın suça ilişkin beyanı hükmün kapsamında olmayıp hasta beyanda bulunmaksızın psikiyatristin kendiliğinden belirtileri öğrenmesi halinde hüküm kapsamında bildirim yükümlülüğü olacağı belirtilmektedir. Psikiyatrist ortada işlenmiş bir suç var ise kendi isteği ile suçu ihbar edebilir. Fakat tamamlanmış değil de halen işlenmekte olan bir suç söz konusu ise TCK m. 278 bakımından işlenmekte olan bir suçu herkes bildirim yükümlülüğü altındadır. Artık bu halde psikiyatristin işlenmekte olan suçu bildirmesi gerekecektir. Örneğin; cinsel istismara uğramış olan çocuğun psikiyatrik tedavi esnasında ruhsal problemlerinin babası veya kardeşi tarafından kendine yapılan cinsel saldırıdan kaynaklandığını ifade etmesi halinde psikiyatristin artık bildirim yükümlülüğü doğacaktır.

Bir başka görüşe göre ise⁶³⁸, hastanın suça ilişkin beyanı karşısında suçun tamamlanıp tamamlanmadığına göre ikili bir ayırım yapılmaktadır. Suç tamamlanmış ise beyan karşısında psikiyatristin sır saklama yükümlülüğü bulunmaktadır. Eğer suç tamamlanmış işlenmekte olan bir suç ise burada psikiyatristin sır saklama yükümlülüğüne rağmen suçu bildirme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu halde koşullar oluşmuş ise zorunluluk halinden faydalanacak ve cezalandırılmayacaktır. Kaldı ki TCK m. 278/1 kapsamında işlenmekte olan bir suçu herkesin bildirme yükümlülüğü bulunmaktadır.

Bizim de katıldığımız Ünver'in görüşüne göre⁶³⁹, psikiyatristler bakımından kanunda istisnai bir düzenleme bulunması gerekirdi. Çünkü mevcut düzenleme dikkate alındığında bu hususta bir belirsizlik bulunmamaktadır. Hükümden yola çıkarak beyan açıklamalarının bu suçun kapsamında kalmadığı gibi bir neticeye ulaşamaz. Psikiyatri mesleğinin temel icra şekli zaten hastanın beyan açıklamaları üzerine kurulu olduğu için aksini düşünmek mesleği doğasına aykırıdır. Bu sebeple psikiyatristler bakımından hükme aykırı yorumlar yoluyla bir değerlendirme yapmaktansa istisnai bir düzenleme yapılması gerekirdi. Yine aynı görüş uyuşturucu

⁶³⁷Koca, “ Çocuk İstismarında İhbar Yükümlülüğü”, s. 125., Koca ve Üzülmöz, ss. 989-990; Üzülmöz, Sağlık Mesleği Mensupları, s. 832., Koç, ss. 71-72.

⁶³⁸ Hakeri, Tıp Hukuku, s.1188.

⁶³⁹ Ünver, (TCK’da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar), s. 395.

tedavisi alanında görev yapan kimseler bakımından da kanunda istisnai bir düzenleme bulunması gerektiği görüşünü ileri sürmekte ve bunun kanundaki yansımalarının TCK m. 192/4⁶⁴⁰ olduğunu ifade etmektedir. Hal böyle iken psikiyatristin m. 280 kapsamında bildirim yükümlülüğü devam etmektedir.

Bu tartışmalar doğrultusunda uygulamada psikiyatrist ve psikologların bakış açısını ortaya koymak adına bir anket çalışmasını paylaşmak isteriz. Psikiyatrist ve psikologlarının gizlilik ilkesiyle ilgili yasal ve etik konulara bakış açısı ve yönelişlerini belirlemeyi amaçlayan bir anket çalışmasına 118 kişi katılmıştır. Bunların 80.8%'i psikiyatrist, 10.2%'si psikologlardan oluşmuştur.

Anket çalışması neticesinde; mevzuatta psikiyatride gizlilik ilkesine ilişkin düzenlemenin bulunup bulunmadığı konusunda psikiyatristlerin 15.4%'ü düzenleme bulunduğunu belirtirken psikologların hiçbiri düzenleme bulunduğunu ifade etmemiştir. Adli makamlara hasta sırlarının açıklanması konusunda kendilerine inisiyatif tanınması halinde psikiyatristlerin 92.8%'i, psikologların 7.2%'si hastanın sırrını açıklamayacağını belirtmiştir. Psikiyatrist ve psikologların 90.8%'i hastanın suç işlediği beyanı karşısında bu hususun adli makamlardan saklanmaması gerektiğini belirtmiştir. Aynı durumda ise 88.7%'si aileden saklanmaması gerektiğini belirtmiştir. Hastanın bir başkasına zarar verme isteğini beyan etmesi halinde katılanların %89.5'i bu bilginin saklanmaması gerektiğini belirtmiştir. Elde edilen bu veriler ışığında katılanların belirli düzeyde bir hassasiyeti bulunmakla birlikte özellikle adli tıp eğitimi almamış psikologların kuramsal açıdan zayıf oldukları tespit edilmiştir. *Fakat en önemlisi aynı duyarlılığın hukuksal alanda henüz oluşmadığı tespit edilmiştir*⁶⁴¹.

Bu suçun faili ile ilgili bir diğer önemli tartışmalı olan husus hükümde aranan sağlık mesleği mensubunun kamu görevlisi olmasının gerekip gerekmediğidir.

⁶⁴⁰ “Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi, hakkında kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmaktan dolayı soruşturma başlatılmadan önce resmi makamlara veya sağlık kuruluşlarına başvurarak tedavi ettirilmesini isterse, cezaya hükmolunmaz. (Ek cümle: 24/11/2016-6763/16 md.) Bu durumda kamu görevlileri ile sağlık mesleği mensuplarının 279 uncu ve 280 inci maddeler uyarınca suçu bildirme yükümlülüğü doğmaz.”

⁶⁴¹ Ali Çayköylü ve Aslıhan İbiloğlu , “Türkiye’de ruh sağlığı çalışanlarının sır saklama ile ilgili düşünce ve yaklaşımları”, Anadolu Psikiyatri Dergisi, Cilt:10, Sayı: (EK 1), 2009, ss. 89-91.

Doktrinadaki hakim görüşe⁶⁴² göre zaten TCK m. 279 bütün kamu görevlilerine suçu bildirme yükümlülüğü getirmektedir. Bu sebeple m. 280’de belirtilen sağlık mesleği mensupları kamu görevlisi olmamalıdır. Dayanak olarak ise hükmün gerekçesinde “Devlet eliyle işletilen sağlık kuruluşlarında görev yapan sağlık mesleği mensupları, kamu görevlisi sıfatını taşımaktadırlar. Bu kişilerin suçu bildirme yükümlülüğüne aykırı davranışları hâlinde, yukarıdaki madde hükmü uygulanacaktır.” denerek m. 279’un uygulanacağını açıkça belirtilmesi gösterilmektedir⁶⁴³. Nitekim Yargıtay’ın yerleşik içtihatı da bu yöndedir⁶⁴⁴.

⁶⁴² Ahmet Gündel, Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması, Cilt:4, (Madde 207-345), Ankara, 2009, s. 174., Koca ve Üzülmüş, s.986, Çakmut, s.1053., Üzülmüş, Sağlık Mesleği Mensupları, s. 836-837., Nuhoglu, s. 19., Fatih Selami Mahmutoglu, “Çocuklara Yönelik Cinsel İstismar Suçu ve Bu Yolla Bulaşan Hastalıkların Ceza Hukuku Açısından İrdelenmesi ve Bu Kapsamda Mağdur Çocukların Ceza Yargılamasındaki Özel Konumu – Bu Süreçte Hekimlerin Hak ve Yükümlülükleri Bağlamında Karşılaştıkları Birtakım Olası Hukuksal Sorunlar”, 9. Prof. Dr. Faruk Nemlioğlu Dermatolojide Gelişmeler Sempozyumu (22-25 Haziran 2011), Dermatolojide Gelişmeler 9. Kitabı, s. 342., Mehmet Emin Artuk ve diğerleri, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 15. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 1232.

Hakeriye göre; TCK m. 279 bütün kamu görevlilerinin suçu bildirme yükümlülüğü bakımından genel nitelikteki bir hükümdür. Bu sebeple kanun koyucu kamu görevlisi niteliğinde olmayan sağlık mesleği mensupları bakımından TCK m. 280’i düzenlemiştir. Hakeri, Tıp Hukuku, s.1183, Yazarlara göre; burada “sağlık kamu görevlisi” kavramı değil de “sağlık mesleği mensubu” kavramı kullanılması açık bir şekilde kamu görevlisi sağlık mesleği mensubu bakımında TCK m. 279 uygulanması gerektiğini ifade etmektedirler. Donay ve Kaçıkçı, s. 375. Bir başka yazara göre; Bu hükümle özel statüdeki sağlık mesleği mensupları kast edilmektedir. Bu sebeple kamu görevlisi olan sağlık mesleği mensupları bu suçun kapsamında değildir. Parlar/ Hatipoğlu, s. 4323., Gültekin, s.107., Kolcu, ss. 172-173., Yağlıdere, ss.64-65., Bulut, s. 86., Koç, s. 57.

⁶⁴³ Bu yöndeki görüşlerden biri gerekçede yer alan “yukarıdaki madde hükmü” kavramının tek başına yeterince açık olmadığı fakat bir önceki cümle ile beraber değerlendirildiğinde TCK m. 279’un uygulanması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Nuhoglu, s. 20.

⁶⁴⁴ “...Sağlık ocağında hekim olan sanığın kamu görevi kapsamındaki tedavi görevi nedeniyle öğrendiği suçu bildirme yükümlülüğünün TCK’nın 279. maddesi kapsamında bulunduğu gözetilmeden, anılan Yasanın 280. maddesi ile hüküm kurulması, CMK’nın 231/5. maddesindeki koşullar irdelenmeksizin, yetersiz gerekçe ile hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına karar verilmesi, Yasaya aykırı ve O Yer Cumhuriyet Savcısının temyiz nedenleri ile tebliğnamedeki düşünce yerinde görüldüğünden HÜKMÜN BOZULMASINA...” , Yrg. 4. Cd., 17.12.2012 Tarih ve 2012/13441 E. 2012/30482 K,

“Bozma ilamından anlaşılacağı üzere yerel mahkeme sağlık ocağında görevli doktor olan sanığı sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmemesi nedeniyle cezalandırmış, Dairemiz ise sanığın eyleminin sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmemesi yerine kamu görevlisinin suçu bildirmemesi olduğu görüşüyle hükmün bozulmasına karar vermiştir. Gerçekten sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmemesi ancak serbest olarak mesleğini icra eden veya özel kurumlarda çalışan sağlık mesleği mensupları tarafından işlenebilen bir suç olup, somut olayımızda sanık bir kamu kurumunda görevli doktordur. O nedenle sanığın eylemi ancak koşulları oluştuğu takdirde kamu görevlisinin suçu bildirmemesi suçunu oluşturabilir. Bu konuda sayın çoğunluk ile aramızda bir uyuşmazlık bulunmamaktadır.”, Yrg. 9. Cd. 27.03.2014 Tarih 2013/7718 E. , 2014/4278 K.,

“Suç tarihinde bıçakla yaralanıp Esenler Özel Y. Polikliniğine müracaat eden iki kişiyi tedavi eden ve acil serviste nöbetçi doktor sıfatıyla görev yapan sanık T.. G..’nin, görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşmasına rağmen, durumu yetkili makamlara bildirmemekten ibaret eyleminin, TCK’nın 280/1. maddesinde

Aksi yöndeki bizim de katıldığımız görüşe göre⁶⁴⁵ ise hükümde özellikle sağlık mesleği mensubu olma sıfatının arandığı fakat kamu görevlisi olup olmaması

düzenlenen “sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi” suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suçun vasfında hataya düşülerek, aynı Kanunun 279/1. maddesinin uygulanması, ...Kanuna aykırı, sanıklar T. G. ve A. H. ile müdafinin temyiz nedenleri yerinde görüldüğünden HÜKMÜN BOZULMASINA...”, Yrg. 4. Cd. 19.01.2015 Tarih ve 2014/8297 E. , 2015/1500 K. ,

“Oluş ve dosya kapsamına göre, Bergama 3 nolu sağlık ocağında doktor olarak görev yapan sanığın suç tarihinde on beş yaşından küçük ...'yu 01.12.2009-03.05.2010 tarihleri arasında 4 defa muayene ettiği ve hamile olduğunu göreviyle bağlantılı olarak öğrendiği halde yetkili makamlara bildirimde bulunmadığı anlaşıldığından sanığın sübuta eren ve unsurları yönünden oluşan atılı suçtan mahkumiyeti yerine yazılı gerekçe ile beraatine karar verilmesi, Kanuna aykırı, Cumhuriyet savcısının temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan, hükmün bu sebepten dolayı BOZULMASINA...”, Yrg. 9. Cd. 19.06.2013 Tarih ve 2013/6980 E. , 2013/9431 K.,

“Devlet hastanesi acil servisinde hekim olarak görevli olan sanığın, ateşli silahla bacağından yaralanmış olan hastayı tedavi etmesine karşın, tedavi işlemini poliklinik defterine kaydetmediği gibi durumu yetkili makamlara da bildirmediğinin iddia edilmesi karşısında, eylemlerinin kanıtlanması durumunda 765 sayılı TCY'nın 230 ve 235.maddelerine (5237 sayılı Yasanın 257/2, 279) uyan suçları oluşturabileceği ve 765 sayılı Yasanın 530.maddesindeki suçun kamu görevlisi olmayan sağlık mesleği mensuplarının eylemlerini düzenlediği gözetilerek, yargılamaya devam edilerek kanıtlar değerlendirilmek suretiyle ilgili yasa hükümlerindeki suçlara ilişkin öğelerin varlığı tartışılıp, 5237 sayılı Yasanın 7/2 ve 5252 sayılı Yasanın 9/3.maddeleri uyarınca lehe inceleme de yapılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile ve eylemin yalnızca anılan 530.maddeye uyduğu ve bu durumda suçun zamanaşımının dolduğu biçimindeki yasaya aykırı gerekçeyle kamu davasının ortadan kaldırılmasına karar verilmesi...” bozma nedeni olarak kabul edilmiştir. Yrg. 4. Cd. 07.10.2009 Tarih ve 2008/1710 E. 2009/15748 K., <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (07.04.2020).

“Devlet Hastanesinde doktor olan sanığın iddia ve kabul edilen suçu bildirmeme eyleminin TCK'nın 279. maddesinde yaptırıma bağlanan kamu görevlisinin suçu bildirmemesi suçunu oluşturacağı hukuki durumunun buna göre takdir ve tayini gerektiği gözetilmeden suç vasfında yanılığa düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması... Kanuna aykırı, sanığın temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan, hükmün bu sebeplerden dolayı BOZULMASINA...”, Yrg. 9. Cd. 15.5.2014 Tarih ve E. 2013/16353 K. 2014/6220., <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>, (07.04.2020).

“...Fail Karaman'daki bir devlet hastanesinde kadın hastalıkları ve doğum uzmanı olarak çalışan bir hekim ve dolayısıyla bir kamu görevlisidir. Kamu görevlilerinin suçu bildirmeme eylemleri, 765 sayılı T.C.Y.'nın 235. ve 5237 sayılı T.C.Y.'nın 279. maddelerinde düzenlenmiştir. Eski ve yeni ceza yasaları uygulamasında devlet hastanesinde uzman hekim olan sanığın suçu bildirmeme eylemi 765 sayılı T.C.Y.'nın 530. ve 5237 sayılı T.C.Y.'nın 280. maddesi kapsamında değerlendirilmemektedir. Anılan son iki yasa hükmünün yalnızca kamu görevlisi sayılmayan sağlık mesleği mensupları hakkında uygulanabileceği kabul edilmektedir...” Yrg.4.C.D., 04/04/2012 tarih ve 19308/7899 Karar”, Kararlar için bakınız: Koç, s. 57.

⁶⁴⁵Unver, (TCK'da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar), ss. 397-401., Aynı görüşteki yazar, sağlık mesleği mensubu gerek resmi gerekse de özel kuruluştaki çalışsın her koşulda kamusal faaliyetin yürütülmesine katılmaktadırlar. Bir hükmün özel nitelikte olması failin sıfatından ve mesleğinin özelliğinden gelmektedir. Bu sebeple TCK m. 280, TCK m. 290'a göre daha özel niteliktedir., Özgüç, “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m. 280)”, ss. 1008-1009., Hafizoğulları ve Acar, s. 196., Hafizoğulları ve Özen, s. 194, Erdoğan, s. 1105.

Koca'ya göre; kanunun genel sistematğine bakıldığında kamu görevlilerinin işlediği suçlara öngörülen yaptırımları kamu görevlisi olmayanlara nazaran daha ağır olduğu görülmektedir. Bunun sebebi kamuya olan güvenin korunmak istenmesidir. Nitekim bunun yansımaları TCK m. 247 ve TCK m. 155'te görülmektedir. Hal böyle iken TCK m. 280'nin yalnızca kamu görevlisi olmayan sağlık mesleği mensuplarını kapsadığını iddia etmek TCK m. 279'taki cezayla kıyaslandığında kanunun temel mantığına aykırı olacaktır. Bu sebeple TCK m. 280 bakımından bu şekilde bir ayırım yapılmamalıdır. Koca, “Çocuk İstismarında İhbar Yükümlülüğü”, s. 126-127,

hususunda özellikle bir ayırım yapılmadığı belirtilmektedir. Hüküm neyin olması gerektiğini söylerken neyin özellikle olmaması gerektiğini düzenlememektedir. İki suç tipi arasındaki farkın yalnızca failin statüsü olmadığını belirtmekte ve kamu görevlisi olmayan sağlık mesleği mensubu ile kamu görevlisi olan sağlık mesleği mensubunun sorumluluk alanı ve ceza oranındaki farklılığa dikkat çekmektedirler. Örneğin; bir sağlık mesleği mensubu gündüz devlet hastanesinde çalışıp mesai saatinden sonra özel muayenehanesine çalışırken bir suç belirtisi ile karşılaşır ve bildirmez ise aynı fiil olmasına rağmen farklı yer ve farklı zamanda olması nedeniyle bir ceza adaletsizliği doğacaktır. Ayrıca hükmün gerekçesi ile hükmün kendi arasında açık bir şekilde çeliştiğini ifade etmektedirler. Kaldı ki ifade etmemiz gerekir ki hükmün gerekçesi ile bağlı olmayıp hükmün kendisi bizler için bağlayıcıdır.

Bir başka görüşe göre ise⁶⁴⁶; hükümde açık bir şekilde sağlık mesleği mensubunun kamu görevlisi olması gerektiği hususu yer almamaktadır. Kanun koyucu bu özelliği aradığında diğer memurlara veyahut kamu görevlilerine ilişkin düzenlediği suçlarda olduğu gibi burada da ayrıca “*kamu görevlisi*” kavramına yer verirdi. Fakat TCK m.279, TCK m. 280’e göre daha özel niteliklidir. Bu sebeple bu suçun faili ancak “*özel sektörde çalışan veya serbest olarak mesleklerini icra eden*” sağlık mesleği mensupları olabilecektir. Nitekim hükmün gerekçesinde de bu husus açıkça vurgulanmıştır.

Karahan’a göre⁶⁴⁷; kanun hükmünde failin yalnızca sağlık mesleği mensubu olması aranmış olup kamu görevlisi olup olmadığı önemsizdir. Fakat sağlık mesleği mensubunun kamu görevlisi olması halinde bu durum içtima hükümleriyle çözümlenecektir.

Doktrinde bir yazar; hükümde eczacıların ve diş hekimlerinin de fail olmalarına dikkat çekerek bu meslek gruplarının kamu kurum ve kuruluşlarından ziyade büyük bir çoğunluğunun özel kuruluşlarda çalıştığına dikkat çekmektedir. Hal böyle iken hükmün kamu görevlisiyle sınırlandırılması hükmünde hedeflenen amaca ters düşmektedir. Hızal, “ Türk Ceza Kanununda Sağlık Personelinin İhbar Yükümlülüğü”, ss. 132-133, Hızal, “Türk Ceza Kanunun’daki Düzenlemeler Işığında Psikiyatristlerin İhbar Yükümlülüğü ve Hasta Mahremiyetinin Sınırları”, ss. 582-583., Tezcan ve diğerleri s.1274., İplikçi, s. 85., Gündüz ve Elçioğlu, ss. 189-190.

⁶⁴⁶ Zafer, Sağlık Mesleği, ss. 1336-1337. Yazar hatta ülkemizde mesleği icra eden yabancı uyruklu sağlık mesleği mensuplarının da bu suçun faili olabileceğini ileri sürmektedirler. Yaşar ve diğerleri, s. 8040.

⁶⁴⁷ Karahan, s. 961.

Ayrıca bu hususla ilgili genel norm- özel norm ilişkisi üzerinde durularak failin kamu personeli olan bir sağlık mesleği mensubu olması halinde TCK m. 279'un mu yoksa m. 280'in mi uygulanacağı husus tartışılmaktadır. Bu husus içtimaya ilişkin bir tartışma olduğundan bu tartışma eserde içtima başlığı altında incelenecektir.

Yukarıda detaylı bir şekilde üzerinde durulan tartışma beraberinde şu sorunu getirmektedir. Bu hükümdeki failin kamu görevlisi olmayan sağlık mesleği mensubu olduğu kabulünde; kamu görevlisi sağlık mesleği mensubu şikayete bağlı bir suç belirtisi ile karşılaşmış bildirmez ise hangi hüküm uygulanacaktır? Bu sorunun yanıtı noktasında doktrinde çeşitli görüşler bulunmaktadır.

Doktrinde bir görüşe göre⁶⁴⁸; TCK m. 279 açık bir şekilde şikayete tabi suçları kapsamında bulundurmadığını ifade etmektedir. TCK m. 280'nin faili de kamu görevlisi sağlık mesleği mensubu olmadığından bu hüküm de uygulanamayacaktır. Burada artık görevin ihmali söz konusu olduğundan TCK m. 257/2⁶⁴⁹ uygulanacaktır.

Karşı görüş ise⁶⁵⁰; bu halde artık TCK m. 280 tek başına ihlal edildiğinden bu hüküm uygulanacaktır.

Doktrinde azınlıkta kalan bir görüşe göre ise⁶⁵¹; TCK m. 280'nin kapsamında yalnızca kamu görevlisi niteliğindeki sağlık mesleği mensupları bulunmaktadır. Özel sektörde ya da serbest olarak çalışan sağlık mesleği mensupları bu suçun kapsamında değildir.

Fail ile ilgili akla gelen bir diğer soru failin doğrudan çalışan olması ile yönetici pozisyonunda olması halinde bir farklılık olup olmayacağıdır. Yargıtay⁶⁵² bu hususa

⁶⁴⁸ Zafer, Sağlık Mesleği, s.1337.

⁶⁴⁹ "(2) Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır".

⁶⁵⁰ Kolcu, s. 183.

⁶⁵¹ Arslan ve Azizağaoğlu, s. 1123.

⁶⁵² "5237 sayılı TCK'nın 279. maddesinde tanımlanan kamu görevlisinin suçu bildirmemesi suçunun oluşması için; kamu görevlisinin kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenip de yetkili makamlara bildirimde bulunmayı ihmal etmesi veya bu hususta gecikme göstermesi gerekir. Bu bağlamda yaptığı görevin gereği olarak yürüttüğü faaliyetlere ilişkin suçu öğrenmesi nedeniyle anılan madde gereği ihbar yükümlülüğü doğan ve soruşturma yapacak makamlara iletilmek üzere suçu bildirmeye yetkili olan kamu görevlisinin, ilgili kamu kurumunda suçun bildirilmesi hususunda kurum içi düzenleme yapıp yapılmadığının, idari işlemlerle bildirme yükümlülüğünün bir görevliye tevdi edilip edilmediğinin araştırılması suretiyle belirlenmesi gerekir. Ayrıca kurum içi hiyerarşide her bir basamaktaki kamu görevlisinin ayrı ayrı

ilişkin belirli kriterler yaratmıştır. İlgili kurumda idari işlemlerle ilgilenenler arasında bildirme yükümlülüğünün özellikle devredildiği birinin mevcudiyeti, kurum içi düzenlemenin bulunup bulunmadığı, hiyerarşik yapıda bu kişinin en üst yetkili kamu görevlisi olup olmadığı gibi kriterler benimsemiştir. Bu kriterlerin hepsinin bir kişide mevcut olması halinde artık o kişi suçun faili ve asli sorumlusu konumunda olacaktır⁶⁵³. Fakat unutmamak gerekir ki bildirme hususunda yetki verilen kişinin gecikmesi veyahut ihmali halinde diğerlerinin sorumluluğu devam edecektir⁶⁵⁴. Ayrıca bildirim yükümlülüğü bulunan kişiler yalnızca ilk müdahaleyi yapan kişilerle sınırlı olmayıp daha sonra sağlık hizmeti sunanları da kapsamaktadır⁶⁵⁵.

Fail bakımından bir diğer tartışmalı husus hüküm kapsamında işlenen suçun failinin sağlık mesleği mensubunun kendisi olması halinde izlenecek yoldur. Burada iki gerekçeden yola çıkarak bu halde bildirim yükümlülüğünün kalmadığı neticesine ulaşılabilir.

Öncelikle hükümde “Görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşmasına rağmen” denmesi bizlere kendisi dışında üçüncü bir kişi ile ilgili bir belirti ile karşılaştığına işaret etmektedir. Hal böyle iken artık fail konumunda olan sağlık mesleği mensubunun bildirim yükümlülüğü bulunmayacaktır. Kaldı ki “*nemo tenetur*” ilkesi gereğince kişi kendisini veya yakınlarının suçlayıcı beyanda

sorumluluğu bulunmakla birlikte sorumluluğun, bildirilmesi gereken suçu öğrendiği halde bildirmeyen en üst yetkili kamu görevlisinde kalacağının kabulü gerekir.

Somut olayda sanık H.'in I... Devlet Hastanesi'nde hastane müdürü, sanık A.'in ise müdür yardımcısı olarak görev yaptıkları, 24.03.2010 tarihinde odometri odasında ve 18.03.2010 tarihinde röntgen odasında gerçekleştirilen hırsızlık olaylarının teknisyenler tarafından aynı tarihli tutanaklarla hastane baştabibine bildirildiği, baştabip olan sanık İ. N.'nin 24.03.2010 tarihli yazı ile sanık A.'i olayları araştırmak için görevlendirdiği fakat yetkili makamlara ihbar etme talimatını vermediği gibi olayın soruşturulması için herhangi bir makama da bildirimde bulunmadığı, Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliğinin 110. maddesinde baştabibin kuruma ait bütün işlerde muhatap ve haberleşmeye yetkili tek merci olduğunun, 147. maddesinde ise hastane müdürünün baştabipliğe bağlı olarak kurumun idari, mali ve teknik hizmetlerini kanun, tüzük, yönetmelik ve emirler uyarınca yürütmekle yükümlü ve yetkili olduğunun düzenlendiği, anılan maddeler gereğince teknisyenler tarafından tespit edilen hırsızlık olaylarının soruşturmaya yetkili makamlara bildirilmesinde başhekimin asli olarak vazifelendirildiği, somut olayda kamu adına soruşturulması gereken hırsızlık suçundan hastane başhekiminin haberdar olması karşısında hastane müdürü ve müdür yardımcısı olan sanıklara yüklenen suçun unsurlarının oluşmadığı gözetilmeden, beraatleri yerine yazılı şekilde mahkumiyetlerine karar verilmesi...” bozma sebebi olarak kabul edilmiştir. Yrg. 9. CD., 26.05.2014 tarih ve 2014/3274 E. 2014/6568 K. , <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>, (07.04.2020).

⁶⁵³ Hakeri, Tıp Hukuku, s.1184.

⁶⁵⁴ Erem, TCK Şerhi, s. 2582.

⁶⁵⁵ Erbaş, s. 153.

bulunmaya zorlanamayacağından kendi işlediği suçu veya mağduru olduğu suçu bildirim yükümlülüğü bulunmamaktadır⁶⁵⁶.

Son olarak belirtmek gerekir ki hükme ilişkin ayrı bir düzenleme bulunmadığından tüzel kişiler bu suçun faili olamayacaktır. Fakat belirtmek gerekir ki hastane idari organlarında çalışan yetkili kimselerin somut olayda eğer suçun unsurları mevcut ise TCK m. 278 veya kurum kamu kurumu ise TCK m. 279 bakımından sorumluluğu doğabilecektir⁶⁵⁷.

Son olarak bu başlık altında suçun mağduruna değinmek gerekir.

Suçun mağduru genel olarak; “suçla korunmak istenen hukuki yararın sahibi olan gerçek kişiler” olarak tanımlanabilir⁶⁵⁸. Suçla korunan hukuki değer başlığında detaylı bir şekilde değindiğimiz üzere her ne kadar doktrinde çeşitli görüşler buluns

⁶⁵⁶ Tezcan ve diğerleri, s.1274, Erbaş, s. 150., Özgüç, “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m. 280)”, s. 1010., Erbaş, s. 151, Koç, s. 74.

⁶⁵⁷ Erbaş, s. 153,

““TCK'nın 279. maddesinde tanımlanan kamu görevlisinin suçu bildirmemesi suçunun oluşması için; kamu görevlisinin kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenip de yetkili makamlara bildirimde bulunmayı ihmal etmesi veya bu hususta gecikme göstermesi gerekir. Bu bağlamda yaptığı görevin gereği olarak yürüttüğü faaliyetlere ilişkin suçu öğrenmesi nedeniyle anılan madde gereği ihbar yükümlülüğü doğan ve soruşturma yapacak makamlara iletilmek üzere suçu bildirmeye yetkili olan kamu görevlisinin, ilgili kamu kurumunda suçun bildirilmesi hususunda kurum içi düzenleme yapıp yapılmadığının, idari işlemlerle bildirme yükümlülüğünün bir görevliye tevdi edilip edilmediğinin araştırılması suretiyle belirlenmesi gerekir. Ayrıca kurum içi hiyerarşide her bir basamaktaki kamu görevlisinin ayrı ayrı sorumluluğu bulunmakla birlikte sorumluluğun, bildirilmesi gereken suçu öğrendiği halde bildirmeyen en üst yetkili kamu görevlisinde kalacağına kabulü gerekir. Somut olayda sanık H.Y.'nin Iğdır Devlet Hastanesi'nde hastane müdürü, sanık A.G.'nin ise müdür yardımcısı olarak görev yaptıkları, 24.03.2010 tarihinde odometri odasında ve 18.03.2010 tarihinde röntgen odasında gerçekleştirilen hırsızlık olaylarının teknisyenler tarafından aynı tarihli tutanaklarla hastane baştabibine bildirildiği, baştabip olan sanık İ.N.H.'nin 24.03.2010 tarihli yazı ile sanık A.G.'yi olayları araştırmak için görevlendirdiği fakat yetkili makamlara ihbar etme talimatını vermediği gibi olayın soruşturulması için herhangi bir makama da bildirimde bulunmadığı, Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliğinin 110. maddesinde baştabibin kuruma ait bütün işlerde muhatap ve haberleşmeye yetkili tek merci olduğunun, 147. maddesinde ise hastane müdürünün baştabipliğe bağlı olarak kurumun idari, mali ve teknik hizmetlerini kanun, tüzük, yönetmelik ve emirler uyarınca yürütmekle yükümlü ve yetkili olduğunun düzenlendiği, anılan maddeler gereğince teknisyenler tarafından tespit edilen hırsızlık olaylarının soruşturmaya yetkili makamlara bildirilmesinde başhekimin asli olarak vazifelendirildiği, somut olayda kamu adına soruşturulması gereken hırsızlık suçundan hastane başhekiminin haberdar olması karşısında hastane müdürü ve müdür yardımcısı olan sanıklara yüklenen suçun unsurlarının oluşmadığı gözetilmeden, beraatleri yerine yazılı şekilde mahkumiyetlerine karar verilmesi sebebiyle bozmayı gerektirmiştir”, Yrg. 9.C.D., 26.05.2014 tarih ve 3274/6568 karar.”, Karar için bakınız: Koç, s. 59-60.

⁶⁵⁸ Özbek ve diğerleri, Genel Hükümler, s. 211.

da bu suçla temelde adliyenin yararı ve işleyişi korunduğundan bu suçun mağdurunu toplumu oluşturan herkes oluşturacaktır. Nitekim yargı kararları da bu yöndedir⁶⁵⁹.

Bununla birlikte doktrinde ifade edilmektedir ki⁶⁶⁰; sağlık mesleği mensubunun bildirmedeği bir suçun mağduru olan kimse suçu bildiremeyecek bir durumda ise sonrasında TCK m. 280 bakımından yapılacak yargılamaya suçtan zarar gören olarak katılabilmelidir.

3. Eylem

Kanun hükmünden yola çıkarak denebilir ki; sağlık mesleği mensubu görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşmasına rağmen yetkili makamlara bu durumu *bildirmemesi veya bildirmek hususunda gecikme göstermesi* bu suç tipinin eylem unsurunu oluşturur. Bir başka deyimle yukarıda belirtilen tüm koşullar oluştuğu takdirde sağlık mesleği mensubunun bildirim yükümlülüğü doğacak ve *bildirmemesi veyahut bildirmede gecikme göstermesi* halinde artık bu suç tamamlanmış olacaktır.

Bu hükümde düzenlenen suç gerçek ihmali suç niteliğindedir⁶⁶¹. Gerçek ihmali suç; hareketin bizzat suçun tipinde gösterildiği ve faile belirli yükümlülükler getiren suçlardır. Hükümde açıkça belirtilen hareketlerin kasten yapılmaması halinde artık bu suç tipi oluşacaktır. Burada önemli olan husus gerçek ihmali suçlar bakımından suçun

⁶⁵⁹ ““Sanığa atılı sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçu adliye karşı işlenen suçlardan olup, korunan hukuki yararın niteliği itibarıyla suçtan doğrudan doğruya zarar görmeyen ve bu nedenle de davaya katılma hakkı bulunmayan şikayetçilerin davaya katılmasına ilişkin olarak verilen karar hukuki değerden yoksun olup istinaf kanun yoluna başvurma yetkileri bulunmadığı anlaşılmakla Ceza Muhakemesi Kanununun 279/1-b maddesi uyarınca istinaf başvurularının reddine karar verilmiştir”, Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 9.C.D. 19/09/2017 tarih ve 2875/2751 Karar; Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi 17.C.D. 13/02/2017 tarih ve 165/160 Karar, Aynı Yönde bkz. Yrg. 16.C.D. 29/06/2016 tarih ve 3260/4431 Karar”, Kararlar için bakınız: Koç, s. 62.

⁶⁶⁰ Giyik, s. 196.

⁶⁶¹ “ 279. maddede; “kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenip de yetkili makamlara bildirimde bulunulmasının ihmal edilmesi veya bu hususta gecikme gösterilmesi”, 280. maddesinde; “sağlık mesleği mensubunun görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşmasına rağmen, durumu yetkili makamlara bildirmemesi veya bu hususta gecikme göstermesi”, 284. maddesinde; “hakkında tutuklama kararı verilmiş olan veya hükümlü bir kişinin bulunduğu yerin bildiği halde yetkili makamlara bildirilmemesi” gerçek ihmali suçlardandır. Gerçek olmayan veya görünüşte (ya da garantörsel) ihmali suçlar ise, neticenin önlenmesi bakımından hukuki yükümlülük altında bulunan fail tarafından kanunda tanımlanan neticenin meydana gelmesinin engellenmemesi şeklinde işlenen suçlardır. Bu nedenle kanunda düzenlenen ve kural olarak icrai bir hareketle işlenen suçun ihmali bir hareketle de işlenmesine gerçek olmayan ya da görünüşte ihmali suç denilmektedir.”, YCGK 16.05.2017 Tarih ve 2017/271 E. , 2017/278 K., YCGK 08.12.2015 Tarih ve 2014/161 E. , 2015/493 K. ,<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (07.04.2020).

oluşabilmesi için fiilin failden beklenebilir olmasının gerekmesidir⁶⁶². Konuya aşağıda tekrar dönülecektir.

Bu suç soyut tehlike suçudur. Çünkü sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmemesi veya bildirme hususunda gecikme göstermesi neticesinde tehlikenin veyahut zararın meydana gelip gelmediği önem arz etmemektedir⁶⁶³.

Kocasakal'a göre⁶⁶⁴; yetkili makamların ya da üçüncü kişinin; bildirmesi gereken sağlık mesleği mensubundan önce suçtan haberdar olması halinde bu suçun oluşmayacağı gerekçesiyle bu suç somut tehlike suçu da olabilir.

Ayrıca hükme bakıldığında bildirmeme veya bildirme hususunda gecikme gösterme denmesi seçimlik hareketli bir suç olduğunu göstermektedir. Sağlık mesleği mensubunun bildirme yükümlülüğünün doğabilmesi için görevin ifası esnasında bir belirtiyle karşılaşmış olması gerekir. Yani görevle karşılaşın belirti arasında bir bağlantı bulunması gerekir. Örneğin; şiddetli baş ağrısı ve kusma belirtisiyle acile başvuran bir kadının vücudunda darp izleri gören sağlık mesleği mensubunun artık bildirim yükümlülüğü doğacaktır.

Doktrinde⁶⁶⁵ “*bildirmeme*” ile “*gecikme gösterme*” eylemlerinin TCK m. 61 gereğince temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınması gerektiği ifade edilmektedir. Eğer sağlık mesleği mensubu suçu hiç bildirmemiş ise alt sınırdan uzaklaşarak ceza tayininin yapılması gerekir.

⁶⁶² Üzülmüş, Sağlık Mesleği Mensupları, s. 827.

“Evinin balkonundan düşmesi neticesinde yaralanması nedeniyle devlet hastanesi acil servisine adli vaka olarak girişi yapılan daha sonra nöroloji bölümüne Dr. N.F'nin hastası olarak yatırılan ve sanığın nöbetçi hekim olarak görev yaptığı gün vefat eden R.İ'nin ölüm nedeninin adli vaka olduğunu bilebilecek durumda olmadığı, sınırlı bilgi ile ölüm belgesini düzenlediğinin tüm dosya kapsamından anlaşılması karşısında sanığın görevi sırasında bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaştığı ve buna rağmen durumu yetkili makamlara bildirmedeği yönünde mahkumiyetine yeterli her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil elde edilemediği gözetilmeden, beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi kanuna aykırıdır.” Yrg. 9. C.D. 20.01.2014 tarih ve 11235/745 Karar, Karar için bakınız: Koç, s. 107.

⁶⁶³ Erbaş, s. 142, Ünver, (TCK'da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar), s. 348, Zafer, Sağlık Mesleği, s. 1343, Kocasakal, s. 202., Tezcan ve diğerleri, s.1273.

⁶⁶⁴ Kocasakal, s. 202.

⁶⁶⁵ Karahan, s. 952.

Burada üzerinde durulması gereken husus seçimlik hareketlerden biri olan bildirmek hususunda gecikme gösterilmesi halindeki “*gecikme*” kavramından ne anlaşılması gerektiğidir.

Kanun hükmünde ve gerekçesinde bu kavrama dair bir açıklama bulunmamaktadır. En son ne zamana kadar bildirim yapılabileceği hususunda bir açıklık bulunmamaktadır. Bu sebeple gerekli tıbbi müdahaleler yapıldıktan sonra somut olayın özelliklerine göre gecikmenin tespit edilmesi gerekmektedir. Doktrinde bazı yazarlara göre⁶⁶⁶ en son bildirim yapılabilecek an izlerin kaybolması nedeniyle soruşturma veya kovuşturma bakımından güçlüğün veya olanaksızlığın doğduğu andır.

Nuhoğlu’na göre⁶⁶⁷ gecikme kavramından anlaşılması gereken “*bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmiş olmasının hukuki sonuçlarını doğurması ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmesi imkanının ortadan kalkması*” halidir.

Ayrıca doktrinde⁶⁶⁸ hükümde ikinci seçimlik hareketin bildirme hususunda gecikme olması nedeniyle aslında kanun koyucu ilk seçimlik hareketin “*derhal*” bildirilmesini arandığı ve gecikme kavramına ilişkin belirsizliğin giderilmesi için kanun koyucunun haklı nedenleri mahfuz tutarak azami bir süre belirlemesi gerektiğini savunmaktadır. Ayrıca somut olayın özelliklerine göre gecikme kavramı bakımından bir değerlendirme yapılacağından hakimın takdiri ve özeni ile içtihatlar bu konuda yol gösterici olacaktır. Nitekim TCK m. 278/2’de olduğu gibi “*bazı neticelerin önlenabilir olması*” gibi bir kıstas bu suç bakımından bulunmamaktadır. Fakat bu durum beraberinde seçimlik hareketlerden olan gecikme gösterme fiili bakımından ispat sorunu yaratmaktadır.

Yine doktrinde gecikme kavramı⁶⁶⁹; “*bildirim yükümlülüğünün ihdasının anlamsız kaldığı, yani yapılacak bildirimin soruşturma ve kovuşturma bakımından önemini kaybettiği, yargılama faaliyetinin bildirimin yapılmasındaki gecikme nedeniyle önemli ölçüde zorlaşması*” olarak tanımlanmaktadır.

⁶⁶⁶ Tezcan ve diğerleri, s.1276.

⁶⁶⁷ Nuhoğlu, s. 24.

⁶⁶⁸ Ünver, (TCK’da Düzenlenen Adliyyeye Karşı Suçlar), s. 402, 408., Kolcu, s. 184.

⁶⁶⁹ Özgüç, s. 1022.

Doktrinde bir görüşe göre⁶⁷⁰; kanun hükmünden bu sonucun çıkarılamayacağı mülga TCK m. 530'daki düzenlememenin isabetli olup TCK m. 280'de de aynı şekilde yer alması gerektiğini ifade etmektedir. Çünkü aksi bakış açısı “*yararların tartımı*” niteliğinde olup bu bakış açısı ancak ileride sağlık mesleği mensubunun bildirim konusunda neden gecikme gösterdiğinin açıklanması bakımından önem arz etmektedir. Nitekim kanun koyucu “*Organ ve Doku Alınması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanunu*”nun 14. maddesinin 4. fıkrasında otopsi ile organ ve doku nakli işlemleri arasında bir öncelik-sonralık ilişkisi kurmuştur. Hal böyle iken kanun koyucunun bu hüküm bakımından da tıbbi müdahalenin önce bildirimin ise hemen ardından yapılması gerektiği hususunda açık bir düzenleme yapması gerekirdi.

Kanaatimizce sağlık mesleği mensubu gerekli tüm müdahaleleri yaptıktan sonra bildirimde bulunmalıdır. Aksi kanaat suçun aydınlatılmasının insan yaşamının üzerinde olduğu kanısı yaratacaktır. Nitekim 765 sayılı Kanun'un 530. maddede “*sanatlarının icabettiği yardımı ifa ettikten sonra*” diyerek sağlık mesleği mensubunun öncelikli görevinin yardımda bulunması olduğu açıkça belirtilmekteydi. 5237 sayılı TCK'da mesleğin doğası gereği zaten olması gerekenin öncelikle mesleğin icrası olması nedeniyle hükümde bu tarz bir ifadeye yer verilmemiştir. Bu sebeple somut olayın özelliklerine göre sağlık mesleği mensubunun belirtiyi bildirmek konusunda elde ettiği ilk fırsat sürenin başlangıcı olarak kabul edilerek ona göre makul bir süre düşünülmelidir. Burada makul sürenin belirlenmesinde; belirtinin hangi suça ilişkin olduğu, bu suçun koruduğu hukuki değer, neticenin devam edip etmemesi, zarar tehlikesinin durumu, sağlık mesleği mensubunun içinde bulunduğu koşullar gibi hususlar dikkate alınmalıdır⁶⁷¹.

Gecikme kavramı ile ilgili Nuhoğlu'na göre; TCK m. 280'deki bildirim yükümlülüğüne ek olarak CMK m. 159'da “*Bir ölümün doğal nedenlerden meydana gelmediği kuşkusunu doğuracak bir durumun varlığı veya ölünün kimliğinin belirlenememesi halinde; kolluk görevlisi, köy muhtarı ya da sağlık veya cenaze işleriyle görevli kişiler, durumu derhâl Cumhuriyet Başsavcılığına bildirmekle*

⁶⁷⁰ Ünver, (TCK'da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar), ss. 417-418., Arslan ve Azizağaoğlu, s. 1124.

⁶⁷¹ Üzülmöz, Sağlık Mesleği Mensupları, s. 835., Nuhoğlu, s. 23, Çakmut, ss. 1058-1059., Zafer, Sağlık Mesleği, s. 1343., Yaşar ve diğerleri, s. 8042., Erbaş, s. 144., Kocasakal, ss. 202-205., Gültekin, ss. 109-110., Karahan, s. 953., Koca ve Üzülmöz, s. 991., Kolcu, ss. 185-186., Koca, “Çocuk İstismarında İhbar Yükümlülüğü”, s. 126., İplikçi, s.94., Yağlıdere, s. 69., Bulut, s. 89., Koç, ss. 83-84.

yükümlüdürler.” demek suretiyle ayrı bir yükümlülük belirlenmiş olmasından yola çıkmaktadır. Burada önem arz eden husus hükümde “*derhal*” kavramına⁶⁷² yer verilerek aslında sağlık mesleği mensupları bakımından bildirim yükümlülüğünün ne zaman gerçekleştirilmesi gerektiği dolaylı yoldan belirlenmiştir. Fakat bu hüküm bir muhakeme normu olduğundan bir cezai yaptırım öngörmemiştir. Bunun yerine bir usul kuralı getirilmiştir. CMK m. 161/5⁶⁷³ nedeniyle bu yükümlülüğe aykırı davranılması halinde Cumhuriyet Savcısına doğrudan doğruya soruşturma yapma yetkisi verilmiştir. Fakat TCK ve CMK’nın bu hükümleri birlikte yorumlandığında bu uygulamada bazı sorunlara sebep olacaktır. Kamu görevlisi olan sağlık mesleği mensubu örneğin; kasten öldürme suçunun işlendiğine dair belirti ile karşılaşır ve bunu bildirmez ise 4483 sayılı kanun kapsamında yetkili makamdan soruşturma izni aranmaksızın Cumhuriyet Savcısı doğrudan hakkında soruşturma yapabilecektir. Fakat kasten öldürme dışında ölüme sebep vermeyecek bambaşka bir suçun işlendiği belirtisi ile karşılaşan kamu görevlisi sağlık mesleği mensubu hakkında 4483 sayılı kanun kapsamında yetkili merciden alınmış soruşturma iznine ihtiyaç olacaktır⁶⁷⁴.

Bizim de katıldığımız görüş gereği gecikme süresi içerisinde adli merciler suçtan önceden haberdar olmuş ise sağlık mesleği mensubunun sorumluluğunun devam edip etmediğine ilişkin kanunda açıklık bulunmamaktadır. Fakat ifade etmek gerekir ki suçla korunan temel değer adliye düzeni olduğundan artık korunan hukuki değerın zarar görmesi mümkün olmayacaktır. Bu sebeple eylemin artık işlenemez suç hükümleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir⁶⁷⁵. Doktrinde⁶⁷⁶ her ne kadar kanunda açıkça belirtilmese de seçimlik hareketler bakımından haklı bir nedenin bulunması halinde bu suçun oluşmayacağını savunan yazarlar da vardır. Dolayısıyla CMK 223/2-a gereğince failin fiili suç teşkil etmediği için hakkında beraat kararı verilecektir.

⁶⁷² Doktrinde bu hükümde yer alan “*derhal*” kavramı: “*ölümün şüpheli olduğunun belirlenmesinden sonraki süreç*” anlamındadır. Giyik, s. 197.

⁶⁷³ “(5) Kanun tarafından kendilerine verilen veya kanun dairesinde kendilerinden istenen adliye ile ilgili görev veya işlerde kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kamu görevlileri ile Cumhuriyet savcılarının sözlü veya yazılı istem ve emirlerini yapmakta kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kolluk âmir ve memurları hakkında Cumhuriyet savcılarınca doğrudan doğruya soruşturma yapılır.”

⁶⁷⁴ Nuhoglu, s. 24.

⁶⁷⁵ Zafer, Sağlık Mesleği, s. 13435, Koca, “Çocuk İstismarında İhbar Yükümlülüğü”, s. 125., Kocasakal, s.203, Tezcan ve diğerleri, s 1276. Karşı görüş için bkz: Erem, Şerh, s. 2585.

⁶⁷⁶ Toroslu, s. 338., Erdem, “Suçu Bildirmeme Suçu”, s. 115.

Gecikme kavramını değerlendirdikten sonra bir diğer üzerinde durulması gereken husus “*yetkili makam*” kavramından ne anlaşılması gerektiğidir. Bu husus önem taşımaktadır. Zira yetkili makama bildirim yapılması suçun temel unsurlarından olup yetkisiz makama bildirim yapılması halinde sorumluluk doğacaktır⁶⁷⁷.

İhbar veya şikayet yapılabilecek yetkili makam kavramı için CMK m. 158’e bakmak gerekir. Madde 158 kapsamında; “*Cumhuriyet Başsavcılığı ve kolluğa doğrudan yapılabilirken Cumhuriyet Başsavcılığına iletilmek üzere; Valilik, Kaymakamlık, Mahkemeler ve Türkiye’nin Elçilik ve Konsolosluklar*” yetkili makamlar arasında sıralanmıştır.

Erem’e göre⁶⁷⁸; suçun düzenleniş yeri “*adliye karşı suçlar*” başlığı altında olduğundan burada yetkili makam kavramından anlaşılması gereken suçun önleyebilecek olan makamlardır. Bu sebeple temelde yetkili makam “*kolluktur*”.

Bu mercilere ek olarak doktrinde bizim de katıldığımız görüşe göre⁶⁷⁹ sağlık mesleği mensubunun ayrıca kamu görevlisi olması halinde çalıştığı kurumun idaresine yapacağı bildirimler de yetkili makamlara bildirim kapsamında kabul edileceği belirtilmektedir. Bu açıklamadan hareketle özel hastane çalışanlarının yalnızca kurum içerisinde idareye suç bildirmesi yetkili makama bildirme olarak kabul edilmeyecek yine 280. maddedeki suç vücut bulacaktır. Çünkü kamu kurum ve kuruluşları ihbarı kabul etmeye yetkili makamlar iken özel kuruluşların böyle bir yetkisi bulunmamaktadır. Hal böyle iken sağlık mesleği mensubunun özel kuruluşun idaresine yaptığı bildirimin ilgili makamlara iletilmesi ihmal edilirse sorumluluğun tespiti sorunu ortaya çıkacaktır⁶⁸⁰.

Ayrıca belirtmek gerekir ki CMK m. 158’in 4. fıkrası gereğince “*Bir kamu görevinin yürütülmesiyle bağlantılı olarak işlendiği iddia edilen bir suç nedeniyle, ilgili kurum ve kuruluş idaresine yapılan ihbar veya şikâyet, gecikmeksizin ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilecektir.*” Bu hükümden yola çıkarak doktrinde;

⁶⁷⁷ Toroslu, s. 338.

⁶⁷⁸ Erdem, “Suçu Bildirmeme Suçu”, s. 116.

⁶⁷⁹ Çakmut, s.1055, Hakeri, Tıp Hukuku, s. 823., Nuhoglu, s. 23., Koca ve Üzülmmez, s. 992., Yağlıdere, s. 69., Bulut, s. 88.

⁶⁸⁰ Erbaş, s.146, Zafer, Sağlık Mesleği, s. 1344., Bulut, s. 88, Karahan, s. 953., Kolcu, s. 194., Özgüç, “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m. 280)”, s. 1019.

soruşturmaya yetkili makam ile ihbar veya şikayetlerin yapılacağı makam kavramlarının aynı anlamlara gelmediği ifade edilmektedir⁶⁸¹.

Bu görüşün savunularına ek olarak belirtmek isteriz ki; yukarıda 1 numaralı ankette detaylı bir şekilde değinildiği üzere, uygulamada sağlık mesleği mensuplarının en fazla suç belirtisi ile karşılaştığı yerler acil servisler olup burada da bildirimin büyük bir çoğunluğunun hastane polisine ve başhekimliğe yaptığı görülmektedir. Çünkü sağlık mesleği mensuplarının uyguladıkları acil müdahaleler ve iş yoğunlukları dikkate alındığında kendilerinin kolluk ile doğrudan iletişim kurmalarını beklemek ya da savcılığa başvuruda bulunmalarını beklemek gerçekçi bir bakış açısı olmayacaktır. Kaldı ki yukarıda belirttiğimiz üzere zaten CMK m. 158/4 gereği kamu görevlisi sağlık mesleği mensubu kurumun idaresine ya da polisine yapacağı ihbar gecikmeksizin Cumhuriyet Başsavcılığına gönderileceğinden hukuki bir sorun da kalmayacaktır. Yeter ki suç bildirimini kabul etmeye yetkili bir merciiye ihbar yapılmış olsun. Bu nedenle örneğin; asistan hekimin ana bilim dalı başkanına suç ihbarını iletmesi bildirim yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacaktır.

Fakat bununla birlikte aksi bir görüş; bu şekilde bir ayırım yapmayarak CMK m. 158’de sayılan tüm mercileri için yetkili makam kavramını kullanmaktadır⁶⁸². Bu görüşü savunan Koca’ya göre ise⁶⁸³; yetkili makam kavramından anlaşılması gereken *“öğrenilen suç hakkında idari soruşturma yapma yetkisi olan”* makamdır. Bu makamlara yapılan bildirimler de artık CMK m. 158 kapsamında hukuka uygun kabul edilecektir.

Ünver’e göre⁶⁸⁴; mülga TCK m. 530’daki gibi kanunilik ve belirlilik ilkelerine uygun bir şekilde yetkili makamların belirtilmesi gerekirdi. Hata hükümleri saklı kalmak kaydıyla; sağlık mesleği mensubunun idari amirine, şefine, kendi çalıştığı kuruma, soruşturma raporunu düzenleyen ve karar verecek olan merci ya da kuruma yapılan ihbarların artık hüküm karşısında yetkili makam olarak kabul edilmemesi

⁶⁸¹ Nuhoglu, s. 23., Kolcu, ss. 194-195.

⁶⁸² Çakmut, ss. 1054-1055. Ünver, (TCK’da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar), s. 418 ve ss. 421-422.

⁶⁸³ Koca, “Çocuk İstismarında İhbar Yükümlülüğü”, s. 124.

⁶⁸⁴ Ünver, (TCK’da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar), s. 418. Aynı yöndeki bir görüşe göre; hastanede çalışan sağlık mesleği mensubunun hastane polisine suçu ihbar etmesi halinde yükümlülüğünü yerine getirmiş olacaktır. Ayrıca kolluk makamlarına başvurusuna gerek yoktur. Giyik, s. 201., Mahmutoglu, Çocuklara Yönelik Cinsel İstismar Suçu, s. 342.

gerektiğini ifade etmektedir. Hal böyle iken mevcut düzenleme bir belirsizlik yaratmakta ve kavram olarak bu eksikliğin giderilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Aynı yazar bu belirsizliğe karşın; CMK m. 158/4'ün sağlık mesleği mensubunun ihbarı ilgili kamu kurum veya kuruluşunun idaresine yapılmasının yolunu açtığını ifade etmektedir. Burada suçu öğrenen sağlık mesleği mensubunun kamu görevlisi olup olmaması önem arz etmeyip kamu görevinin yürütülmesiyle ilgili kamu kurum veya kuruluşunun idaresine ihbarda bulunması önemlidir. Bir başka deyişle CMK m. 158/4; TCK m. 279 bakımından uygulanabildiği gibi TCK m. 278 ve m.280 bakımından da uygulanabilecektir. Bu nedenle usulüne uygun bir şekilde kamu kurum veya kuruluşunun idaresine yapılan ihbar bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmesi anlamına gelecektir.

Aksi yöndeki görüşe göre ise⁶⁸⁵; sağlık mesleği mensubunun çalıştığı kurumun idaresine suç belirtisini bildirdiği halde bildirim yükümlülüğünü yerine getirmiş olacaktır. Çünkü kurumun yetkilisine yapılan bildirim hem diğer mercilere nazaran daha kolay olup hem de kurum içindeki yetkili birimlerin bilgilendirilmesi sağlanmış olacaktır.

Bu yönde paralel bir görüşe göre ise⁶⁸⁶; kamu-özel ayrımı yapılmaksızın kurumun hiyerarşik yapısına göre üst ve yetkili kimseye yapılacak bildirimin yetkili merci olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Çünkü CMK m. 158/4 gereğince en kısa sürede ilgili mercie ihbar iletileceği için suçla korunan hukuki değer zarar görmeyecektir. Nitekim yazarlar uygulamada yetkili makam kavramının geniş yorumlandığı, devlet hastanelerinde acil servislerde yer alan hastane polisleri, acil servis yöneticisi, polis haber merkezlerinin yetkili merci kabul edildiğini ifade etmektedir. Yine aynı görüş hastanelerin hiyerarşik yapısı içerisinde “*Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği*”nin 110. maddesi gereğince başhekimliğe ve 147. maddesi gereğince hastane müdürüne yapılan bildirimlerin de yetkili mercie yapıldığının kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedirler.

⁶⁸⁵ Kocasakal, s. 206. Gültekin, s. 108., Yazar bu görüşe ek olarak; ihbar edilmesi gereken suçun basın açıklaması yoluyla bildirilmesi yükümlülüğü ortadan kaldırmayacağı gibi hasta mahremiyeti ihlal edildiğinden sırrın ifşa edilmiş sayılacaktır. Hızal, “ Türk Ceza Kanununda Sağlık Personelinin İhbar Yükümlülüğü”, s. 136.

⁶⁸⁶ Koç, s. 35 ve ss. 60-61., Arslan ve Azizağaoğlu, s. 1123.

Bu suç tipi bakımından bildirimin nasıl yapılması gerektiği hükümde ayrıca belirtilmemiştir. Bu sebeple bildirimin nasıl yapılması gerektiği hususu ise CMK m. 158'in 5. fıkrasında *“İhbar veya şikâyet yazılı veya tutanağa geçirilmek üzere sözlü olarak yapılabilir.”* şeklinde açıkça belirtilmiştir.

Doktrinde⁶⁸⁷; ihbarın yazılı veyahut sözlü, telefonla ya da fax ile yapılabileceği belirtilmektedir. Yine sağlık mesleği mensubunun ihbarı ismini vermeksizin yapılabileceği ifade edilmekle birlikte bu halde bildirimin yapılması noktasında ispat sorunu doğacağı ifade edilmektedir.

Bununla birlikte Erdem'e göre⁶⁸⁸; eğer sağlık mesleği mensubu ismini vermediği takdirde ihbar ciddiye alınmayacak ise bu takdirde ismini açıklamak zorundadır. Yine gerçek dışı veya eksik yapılan ihbar neticesinde bildirim yükümlülüğü devam edecektir⁶⁸⁹.

Kanaatimizce sağlık mesleği mensubu ihbar esnasında kimliğinin deşifre olması neticesinde tehdit veyahut yakın bir tehlike ile karşılaşacağını düşünüyorsa ismini vermeyebilir. Çünkü ismini vermediğinde de suça ilişkin belirtileri ihbar ederek adli mercileri harekete geçirmekte ve suçun aydınlanmasına yardımcı olmaktadır. Hal böyle iken hükümle hedeflenen amaca yine de ulaşılmış olacaktır. Kaldı ki kanun hükmünde ihbar esnasında kimliğin açıkça belirtilmesi gibi bir kıstas ta aranmamıştır. Bu şekilde katı şekilci bir bakış açısı suça hedeflenen amaca engel olacak- örneğin; küçük bir yerleşim yerinde sınırlı sağlık mesleği mensubunun çalıştığı bir yerde ismini vererek ihbarda bulunması gibi bir halde- sağlık mesleği mensubunu doğrudan failin hedefi haline getireceği için, sağlık mesleği mensubu suçu bildirmekten kaçınacaktır. Kaldı ki doktrinde ihbarın isimsiz yapılması halinde kolluk güçlerince ciddiye alınmayacağını ifade etmek görevini icra etmeyen kolluk görevlilerinin davranışlarını meşrulaştırır bir bakış açısıdır. Çünkü kolluk görevlisinin suç ihbarı karşısında isimli-

⁶⁸⁷ Zafer, Sağlık Mesleği, s. 1344., Hızal, “ Türk Ceza Kanununda Sağlık Personelinin İhbar Yükümlülüğü”, s. 136., Kolcu, s. 194., Aynı görüşteki bir yazar bu suçla korunan hukuki yararın adliyenin yararı olduğunun kabulü halinde suçun ihbar edilmesinin yeterli olacağını fakat kendi görüşü olan adliyenin fonksiyonlarının işlevselliğinin sağlanması görüşü kabul edilirse bilinen her türlü bilginin verilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Kanaatimizce yazar burada suça korunan hukuki değer ile bu suçun düzenlenmesi ile hedeflenen amaçları birbirine karıştırmaktadır. Kaldı ki adliyenin fonksiyonlarını işlevsel kılmak demek yine adliyenin yararına hizmet etmekten başka bir şey değildir. Bknz: Özgüç, “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m. 280)”, ss. 1020-1021.

⁶⁸⁸ Erdem, “Suçu Bildirmeme Suçu”, s. 114.

⁶⁸⁹ Bulut, s. 88.

isimsiz ihbar gibi bir ayırım yaparak keyfi hareket etmesi mümkün değildir. Kaldı ki isimsiz ihbarı yapan kimsenin ihbarının asılsız olduğunun tespit edilmesi halinde “*Suç uydurma*” başlığı altında düzenlenen TCK m. 271 “*İşlenmediğini bildiği bir suçu, yetkili makamlara işlenmiş gibi ihbar eden ya da işlenmeyen bir suçun delil veya emarelerini soruşturma yapılmasını sağlayacak biçimde uyduran kimseye üç yıla kadar hapis cezası verilir.*” hükmü gereğince hakkında cezai yaptırım uygulanacaktır.

Doktrinde ayrıca bildirimin bizzat sağlık mesleği mensubu tarafından yapılmasının gerekli olmayıp bir üçüncü kişi aracılığıyla da yapılabileceği ifade edilmektedir. Örneğin; hekimin asistanına suçu bildirmesi hususunda talimat vermesi gibi. Çünkü bu durumda da bu suç ile hedeflenen temel amaca ulaşılabilecektir⁶⁹⁰.

Kanaatimizce her durumda suç belirtisiyle karşılaşan sağlık mesleği mensubunun bizzat bildirimde buldurmasını beklemek mümkün değildir. -Örneğin; sınırlı çalışan sağlık mesleği mensubunun acil müdahale ettiği bir halde görev esnasında müdahalede bulunmayan bir başka sağlık mesleği mensubuna suçu bildirmesi söylendiğinde- yine bu suç kapsamında hukuka uygun bir bildirimin olduğunu kabul etmek gerekecektir. Belirtmek gerekir ki sağlık mesleği mensubunun hukuka uygun ihbarı veyahut şikayeti üzerine soruşturmaya başlanıp başlanmaması TCK m. 280 ile ilgili bir husus değildir⁶⁹¹.

Kanun hükmünden ihbarın kapsamının ne olması gerektiği anlaşılmamaktadır.

Doktrinde bir görüşe göre⁶⁹²; TCK m. 279’da olduğu gibi bilgi dâhilinde bulunan bütün hususların hatta tedavi esnasında delilin yeri öğrenilirse bu bilginin dahi ihbar kapsamında yetkili mercilerle paylaşılması gerektiği ifade edilmektedir.

Bizim de katıldığımız bir başka görüşe göre⁶⁹³; Sağlık mesleği mensubu bildirimde bulunurken gerekli açıklamaları da yapması gerekmektedir. Yalnızca

⁶⁹⁰ Zafer, Sağlık Mesleği, ss. 1344-1345, Kocasakal, s. 203.

⁶⁹¹ Üzülmüş, Sağlık Mesleği, s. 835, Artuk ve diğerleri, Özel Hükümler, s.1233, Kocasakal, s. 206., Karahan, s. 954.

⁶⁹² Zafer, Sağlık Mesleği, s. 1344.

⁶⁹³ Yapılan bildirim eksik ya da sahte olmamalıdır. Böyle bir bildirim halinde sağlık mesleği mensubu TCK m. 280 bakımından sorumlu tutulmalıdır. Nuhoğlu, ss. 23-24., Özgüç, “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m. 280)”, ss. 1020-1021.

Aksi görüş ise suçun tipikliğini oluşturan eylemin bildirilmesinin yeterli olduğunu savunmaktadır. Bulut, s. 89.

karşılaştığı belirtiyi söylememeli onda bu kanaatin uyanmasına sebep olan hususları da ifade etmelidir. Çünkü sağlık mesleği mensubunun burada yaptığı bildirim aslında ihbar niteliği taşımaktadır. Örneğin; bıçak yaralanması sebebiyle hastaneye başvuran bir kimsenin başkası tarafından yapılmadığını kazaen olduğunu iddia ettiği bir halde yaranın özellikleri, başvururken yanında bulunan kimseler ve izlenimleri gibi hususları da belirti ile beraber paylaşması daha sağlıklı bir tutum olacaktır. Fakat belirtmek gerekir ki sağlık mesleği mensubunun gerekli açıklamaları ifade etmeyip yalnızca belirtiyi bildirmesi halinde de bildirim yükümlülüğünü yerine getirmiş olduğu kabul edilmelidir.

Bu tartışmaya ek olarak kanaatimizce değinilmesi gereken önemli bir husus adli vakalara ilişkin düzenlenen adli raporlardır.

Öncelikle adli vaka kavramı doktrinde; *“bir kişinin fiziksel ya da ruhsal olarak hasta diyebileceğimiz bir duruma gelmesinde başka kişi veya kişilerin kasıt, ihmali, tedbirsizlik veya dikkatsizliğinin etken olması hali”* şeklinde tanımlanmaktadır⁶⁹⁴. Adli vakaya örnek olarak ise; üçüncü kişi tarafından kasıtlı ve ihmali davranış sonucu meydana gelen yaralanmalar, aile içi şiddet olgusu gibi yaygın darp olayları, ateşli silah yaralanmaları, intihar girişimleri (mekanik asfiksi olguları gibi. Örneğin; iple boğulma), trafik kazaları, iş kazaları, şüpheli zehirlenme olayları, yanık olayları, şüpheli ölümler, işkence ve insanlık dışı muamele olayları, yasa dışı madde kullanımı veya kullanılan ilaçlarda dozaj aşımı gibi olaylar, boğulma olayları örnek verilebilecektir.

Adli rapor ise; kullanım amaçlarına ve sonuçlarına göre ikiye ayrılmaktadır. Kullanım amacına göre adli raporlara; yaralama, alkol, yaş tayini, cinsel suç raporları örnek gösterilebilir. Sonucuna göre adli raporlar ise geçici, kesin ve ek rapor olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Uygulamada sıklıkla karşılaşılan geçici rapor düzenlenme nedenlerine; adli vakaya konu hastanın hikayesi ile bulgularının örtüşmemesi, ilk müdahaleyi yapan hekimin mesleki bilgisinin yetersiz olup bir uzman hekimin görüşüne ihtiyaç duyması, müdahalenin yapıldığı kurumdaki imkanların olgunun

⁶⁹⁴ Cemil Kavalcı, Acil Serviste Adli Vaka Yönetimi, Kitap Bölümü, Derman Tıbbi Yayıncılık, s.1, <http://www.jcam.com.tr/files/JCAM-3681.pdf>, (11.04.2020).

değerlendirilmesinde yetersiz kalması, bazı tetkiklerin sonuçlarının beklenmesinin gerekli olması, hekimin baskı altında olması gibi haller örnek verilebilir.

Çalışmamız bakımından önem arz eden adli rapor türleri kesin ve ek adli raporlardır. Kesin adli rapor sağlık mesleği mensubunun adli vakaya ilişkin kesin kanaate sahip olması halinde düzenlenir. Ek adli rapor ise uygulamada genellikle adli mercilerin raporun yeterince açık olmamasından ötürü detaylandırılması istediğinde, yargılama sürecinde önemli yeni bir tıbbi bulguya ulaşıldığında veya adli mercilerin soruları eksik yanıtladığında ihtiyaç duyulan raporlardır⁶⁹⁵.

Bu temel açıklamaların ardından belirtmek gerekir ki adli vaka ile karşılaşan sağlık mesleği mensubunun TCK m. 280 gereği bildirim yükümlülüğünün yanında adli vakayı ilk gören ve müdahalede bulunan sağlık mesleği mensubunun uzman hekim olmasa dahi adli rapor düzenleme yükümlülüğü de bulunmaktadır. Bu raporlama faaliyeti yargılama sürecinde büyük bir önem arz etmekte olup ileride ceza yargılamasının akabinde tazminat sorumluluğunun belirlenmesi bakımından da büyük bir etki doğuracaktır.

Adli vakaya yaklaşımda ve adli raporun düzenlenmesinde dikkat edilmesi gereken bazı hususlar vardır. Bu hususlar dayanağını Sağlık Bakanlığı Temel Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nün 22.09.2005 tarihli 2005 /143 sayılı “*Adli Tabiplik Hizmetlerinin Yürütülmesinde Uyulacak Esaslar*” konulu genelgesinden almaktadır⁶⁹⁶.

İlk dikkat edilmesi gereken husus ilk müdahalede bulunan sağlık mesleği mensubunun tespit ettiği objektif olguları, konsültasyonları ve tetkik sonuçlarını mesleki bilgi ve tecrübesine dayanarak incelemesi ve rapora tarafsız bir şekilde aktarmasıdır. Bu sebeple sağlık mesleği mensubu hastayı getiren tanıkların veya güvenlik görevlilerinin ifadelerini de dinlemek ihtiyacı duyabilecektir. Çünkü

⁶⁹⁵ Abdi Özaslan, “Adli Raporların Hazırlanmasında Dikkat Edilecek Hususlar”, İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Etkinlikleri, “Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi”, Sempozyum Dizisi, No:48, Şubat 2006, s. 186-187.

⁶⁹⁶ <http://dosyaism.saglik.gov.tr/Eklenti/11593,adli-tabiplik-hizmetleri-genelge-ve-ekleripdf.pdf?0>, (11.04.2020).

uygulamada sıkça karşılaşılan sorunlardan biri de adli vaka hastasının travmatik olay veya olgular nedeniyle olayları küçümseyerek veya abartarak çarpıtmasıdır.

Aynı şekilde hasta yakınlarının da muayene veya müdahale esnasında hastanın yanında bulunmasına izin verilmemelidir. Fakat sağlık mesleği mensubu adli vaka anamnezini rapora aktarırken asla kendince yorumlamamalı hastanın ifadelerini bire bir aktarmalıdır. Ayrıca raporun düzenlenmesi esnasında hastanın anamnezini veya muayenesini engelleyecek bir dış faktör bulunmamalıdır. Çünkü sağlıklı ve doğru bir şekilde rapor düzenlenebilmesi adına hasta kendini baskı altında hissetmemelidir.

Öte yandan güvenlik görevlilerinin muayene alanında bulunması hasta mahremiyetini ihlal edecek ve açık bir şekilde sağlık mesleği mensubunun sır saklama yükümlülüğüne aykırılık teşkil edecektir. Bu durum ileride sağlık mesleği mensubu hakkında idari ve cezai sorumluluk yaratabilecektir. Rapor düzenlenirken genel geçer bir şekilde resmi bir makamın istek yazısına ek olarak değil de mutlaka ayrı ve detaylı bir şekilde hazırlanmalıdır. Bu sebeple mümkün mertebe genelgede yer alan formların kullanılması gerekir. Karakoldan veya adli organlardan gönderilen resmi evrakların arkası kesinlikle kullanılmamalıdır⁶⁹⁷.

Uygulamada her ne kadar genelde bilgisayar ortamında rapor düzenlense de raporun el yazısı ile düzenlenmesi de mümkündür. Fakat bu durumda okunaklı, anlaşılır ve komplike kavramlara yer verilmeksizin raporun düzenlenmesine özen gösterilmelidir. Rapor düzenlenirken eksiksiz bir şekilde doldurulmalıdır. Adli makamların yönelttiği sorular mutlaka yanıtlanmalıdır. Yöneltilmiş bir soru bulunmasa dahi ileride soruşturma bakımından önem arz edebilecek hususlara mutlaka yer verilmelidir.

Hastanın alkollü olup olmadığı bakımından ayrı bir değerlendirme yapılmalı ve adli makamların veya kolluğun talebi halinde alkol tespiti mutlaka yapılmalıdır. Tetkik sonuçları, grafilerin aslı adli kanıt niteliği taşıdığından hastaya verilmemeli, mevzuattaki süreler dikkate alınarak arşivde muhafaza edilmelidir. Hastanın bir başka sağlık kuruluşuna sevk edilmesi halinde dahi “*aslı gibidir*” yapılarak bir örneğinin de gönderilmesi gerekir. Sevk edilen kuruluş geçici raporu inceledikten sonra mutlaka

⁶⁹⁷ Özaslan, s. 191.

ayrı bir rapor düzenlemelidir. Mümkin merteye elde edilen bulgular neticesinde kesin rapor düzenlenmelidir. Eğer mümkün değil ise geçici raporun aslı mutlaka arşivlenmelidir. Ve en önemlisi düzenlenen adli rapor adli kayıt defterine özellikle raporun sonucunun açık ve anlaşılabilir şekilde kaydedilmesi gerekmektedir.

Öncelikle müdahale yapılırken hastanın vücudundaki meni, ısırma izi, saç, kıl, tükürük gibi ya da kıyafetlerinde kurşun, iplik gibi herhangi bir delil bulgusu varsa mutlaka koruma altına alınarak adli mercilere teslim edilmelidir. Rapor düzenlenirken vücutta bulunan lezyonların tüm detayıyla ifade edilmesi gerekir. Örneğin; yara ateşli silahla gerçekleşmiş ise barut izinin bulunup bulunmadığı, yaranın derinliği, uzunluğu gibi hususlara mutlaka yer verilmelidir.

Uygulamada genellikle acil servisler adli vakalar bakımından ilk müdahale alanı olduğundan adli raporlama faaliyetleri burada yaygınlık göstermektedir. Maalesef yaşanan bu yoğunluk acil servislerde adli raporların düzenlenmesinde gerekli özenin gösterilmemesine neden olmaktadır. Nitekim devlet hastanelerindeki acil servislerde düzenlenen adli raporlarda sıklıkla görülen eksikliklere dikkat çekmek amacıyla yapılan bir araştırmaya dikkat çekmek gerekir.

Araştırma⁶⁹⁸ “01.06.2014-31.05.2015 tarihleri arasında 1551 çocuk ve erişkin adli olgu için acil serviste nöbet tutan pratisyen veya uzman hekimler tarafından düzenlenen genel adli muayene raporlarının hastanede muhafaza edilen nüshaları, olguların demografik özellikleri, muayene tarihi ile saati, olayın öyküsü, kişiye ait özgeçmiş ve fizik muayene bulguları, varsa yapılan konsültasyon değerlendirmeleri, saptanan bulgular, travmatik lezyonlar, tetkik yapıp yapılmadığı, yapılmışsa tetkik sonuçları, muayenesi yapılan kişinin alkollü olup olmadığı, “hayati tehlike”, “basit tıbbi müdahale ile giderilip giderilmeme” gibi bilgilerin kaydedilip edilmediği ve lezyonun diyagramda işaretlenip işaretlenmediği” nin tespitini hedeflemiştir.

Elde edilen bulgulara göre; %0,4 olguda olay saatinin hiçbir olguda yazılmadığı, %15,3 olguda başvuru zamanının yazılmadığı, 1545 olguda olay yerinin yazılmadığı, olguların büyük bir çoğunluğunda (sırasıyla %72,2 ve %96,8) radyolojik ve laboratuvar tahlillerine ilişkin bir değerlendirmeye yer verilmediği, olguların

⁶⁹⁸ Zeynep Erdoğan Çetin ve diğerleri, “Acil Serviste Düzenlenen Adli Raporların Değerlendirilmesi”, Bozok Tıp Dergisi, Cilt:8, Sayı:4, 2018, ss. 34-40.

hiçbirinin laboratuvar sonuçlarının pozitif bulgularına dosyada yer verilmediği, %63 oranında olgunun; kanda alkol düzeyini tespit etmek adına tetkik yapılmasına sonuçlarının işlenmediği, basit tıbbi müdahale ile yaralanmanın giderilip giderilemeyeceği olguların %44,2'sinde belirtilmediği, yüzde sabit iz ve kemik kırığı ile ilgili bilginin çok yüksek oranda kaydedilmemiş olduğu, %23,9 oranında olgunun yaşının raporuna yazılmadığı, yaralamaya neden olan etkenin olguların %14,7 sinde belirtilmediği, %4,1 olguda hasta öyküsüne yer verilmediği, %64,4 olguda yaralanma bölgesinin belirtilmediği, düzenlenen raporların %70,1'inin geçici %29,9'unun kati rapor niteliğinde olduğu gibi ciddi sonuçlara ulaşılmıştır.

Yine bir başka benzer çalışmada⁶⁹⁹; üniversite araştırma ve uygulama hastanesi acil tıp kliniğine 01.08.2012-01.02.2013 tarihleri arasında başvuran 220 olguya ait genel adli muayene raporu ve hasta dosyası incelenmiştir. Sonuç olarak; %4,1 olguda olay öyküsüne yer verilmediği, %4,5 olguda lezyon belirtilerine dair açıklama yapılmadığı, %46,9 olguda alkol analizin yapılmadığı, düzenlenen raporların %97,7 sinin geçici %2,3'ünün kati rapor niteliğinde olduğu gibi sonuçlara ulaşılmıştır.

Tüm bu çalışmalardan elde edilen bulgulara bakıldığında; adli raporlama faaliyetlerinde açık bir şekilde eksiklik bulunduğu ve mevzuattan kaynaklanan yükümlülüklerin sağlık mesleği mensuplarınca yerine getirilmediği görülmektedir. Oysa suçu bildirmek yükümlülüğü kadar adli raporlama faaliyetleri de önem taşıyıp büyük bir hassasiyet içerisinde yürütülmesi gerekir.

TCK m. 280 ile hedeflenen suç ve suçlulukla mücadelenin sağlanması, adliyenin faaliyetlerinin işlevsel kılınması gibi amaçlara ulaşabilmek için yalnızca sağlık mesleği mensubunun basit bir ihbarı elbette yeterli olmayacaktır. Usulüne göre

⁶⁹⁹ Hakan Hakkoymaz ve diğerleri, “Acil Serviste Düzenlenen Adli Raporların Türk Ceza Kanunu Kapsamında Değerlendirilmesi”, Kartal Eğitim ve Araştırma Hastanesi Tıp Dergisi, Cilt:25, Sayı:3, 2014, ss.177-180.

Aynı meteryal ve metodla hareket eden bir başka çalışmada Ankara Atatürk Eğitim ve Araştırma Hastanesi Acil Servis birimine başvuran 100 olguya ait genel adli muayene raporu ve hasta dosyası incelenmiştir. Çalışma neticesinde; %55 olguda olay öyküsüne yer verilmediği, %4 olguda lezyonlara ilişkin bilgi verilmediği, %17 olguda radyolojik hiçbir değerlendirmenin yapılmadığı, %72 olguda alkol alım durumunun tespit edilmediği, %87 olguda yaranın basit tıbbi müdahale ile giderilip giderilemeyeceğinin tespit edilmediği, , düzenlenen raporların %79'unun geçici %9'unun kati rapor, %12'sinin ise niteliğinin belirtilmediği gibi sonuçlara ulaşılmıştır.

Araştırma için bakınız: Alper Keten ve diğerleri, “Acil Serviste Düzenlenen Adli Raporların Türk Ceza Kanunu Kapsamında Değerlendirilmesi”, Türk Tıp Dergisi, Cilt:5, Sayı:3, 2011, ss. 94-99.

eksiksiz bir şekilde hazırlanan bir adli rapor en az suç ihbarı kadar yargılama sürecine yardımcı olacaktır. Fakat araştırma sonuçlarında görüldüğü gibi çok ciddi oranda adli raporlar geçici nitelikte düzenlenmektedir.

Oysa hukuki bir temeli olmayan geçici adli rapor düzenleme eyleminin; adaletin sağlanmasına ve yargının yükünü hafifletmesine ket vurduğu uygulamada sağlık mesleği mensuplarınca göz ardı edilmektedir. Kaldı ki iş yükü gibi bir olumsuz sonuç sadece adli organlar için olmayıp sağlık kuruluşları bakımından da geçerlidir. Çünkü geçici adli rapor düzenlemeleri hastaların tekrar tekrar hastaneye başvurmasına ve sağlık mesleği mensuplarının iş yükünün artmasına sebep olmaktadır. Hal böyle iken sağlık mesleği mensupları bakımından Türk Ceza Kanunu'na getirilen bir ya da birkaç suç düzenlemesiyle hedeflenen amaçlarına ulaşmak tek başına mümkün değildir.

Bu sorun aynı zamanda disiplinler arası bir sorun olup muhatabın mesleki mevzuatına ve sorumluluklarına hakim olmak gerekir. Bütüncül bir bakış hem söz konusu hükümle hedeflenen amaca ulaşmayı kolaylaştıracak hem de sağlık mesleği mensuplarının sırtındaki yükü biraz olsun hafifletecektir. Bu nedenle yukarıda ihbarın içeriğinin nasıl olması gerektiğine odaklanmaktan ziyade suça ilişkin yardımcı bilgi kaynakların efektif bir şekilde kullanılmasının daha gerçekçi ve uygulanabilir olduğu kanaatindeyiz.

4. Suça Etki Eden Haller

Bu suç tipi bakımından kanun koyucu suça etki eden bir hal düzenlememiştir. Kanaatimizce bu suç tipi bakımından sağlık mesleği mensuplarının icra ettikleri göreve ya da mesleğin türüne göre bir ayırım yapılarak nitelikli hal düzenlemesinin yapılmaması isabetli olmuştur. Çünkü sağlık mesleği mensuplarının görevleri ya da icra ettikleri meslek nedeniyle bildirim yükümlülüğü arasında bir fark bulunmamaktadır.

C. SUÇUN HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Bu suç bakımından hukuka uygunluk sebepleri arasında rızaya yer yoktur. Çünkü bu suçla korunan hukuki değer adliyenin yararı olduğundan eylemi hukuka

uygun hale gelmesi için rızaya gerek yoktur⁷⁰⁰. Bu sebeple ilk olarak meslek sırrının saklanma yükümlülüğü ile suçun bildirilmesi arasındaki ilişkiye bakmak gerekir.

Sağlık mesleklerini yerine getiren kişiler mesleğin doğası gereği belirli kişisel verilere ve sırlara ulaşırlar. Sağlık hizmetlerinden kişilerin korkusuz bir şekilde yararlanabilmesi için sağlık mesleğini yerine getiren kişilerin sözleşmesel ilişkiden doğan bir sır saklama yükümlülükleri bulunmaktadır. Kaldı ki yalnızca sözleşmesel ilişkiden kaynaklanan bir sorumluluk bulunmayıp meslek etiği kuralları nedeniyle de sağlık mesleğini icra edenlerin sır saklama yükümlülüğü söz konusudur. Çünkü hasta bir sağlık hizmetinden yararlanırken özel hayatının gizliliğinin ihlal edileceği ve kişisel verilerinin ifşa edileceği korkusu altında bırakılmamalıdır.

Nitekim söz konusu hükmün TCK'daki düzenlenme yerine bakıldığında “*özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar*” başlığı altında düzenlendiği görülmektedir. Sırf hükmün düzenleniş yeri bile bizlere inceleme konusu suçun özel hayatın gizliliği ile olan doğrudan ilişkisini ortaya koymaktadır.

Sır saklama yükümlülüğü kural olarak TCK'da açıkça düzenlenmemiş olsa da ulusal ve tarafı olduğumuz uluslararası birçok düzenlemeye konu olmuştur. Birinci bölümde detaylı bir şekilde bahsi geçen düzenlemeler ışığında bu bölümde meslek sırrı kavramının cezai boyutuna da değinmek gerekir. Çünkü meslek sırrının paylaşılması veyahut meslek etiği kurallarına aykırı hareket edilmesi ceza hukuku anlamında birçok suç tipine vücut verecektir. Meydana gelebilecek suç tiplerine eserin içtima başlığında karşılaştırmalı olarak değinmenin daha faydalı olduğu kanaatindeyiz.

Görüldüğü üzere sağlık mesleği mensubu mesleği gereği uyması gereken etik ilkeler ve sır saklama yükümlülüğü ile suç işlemek gibi ağır bir netice arasında kalmaktadır. Hal böyle iken TCK m. 280 ile meslek sırrını saklama yükümlülüğü arasında bir çatışma olup olmadığı sorunu doğmaktadır. Bu soru veya sorunun aydınlatılabilmesi adına burada temel olarak meslek sırrı kavramı ile ceza hukuku anlamında kanun hükmünü icra arasındaki ilişkiye değineceğiz.

⁷⁰⁰ Nuhoglu, s.25., Zafer, Sağlık Mesleği, s. 1346, Tezcan ve diğerleri, s.1278., Ünver, (TCK'da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar), s. 424., Kocasakal, s. 207., Karahan, s. 964., Kolcu, s. 199.

TCK m. 24/1 açıkça kanun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmeyeceğini belirtmektedir. 280. maddenin bir kanun hükmü olduğu ve bu hüküm sebebiyle hekimin meslek etiği ve sır saklama yükümlülüğüne aykırı hareket etmek zorunda olduğu dikkate alındığında bunun bir kanun hükmünü icra olduğu açıkça görülmektedir. Bir hukuka uygunluk nedeni olan kanun hükmünü icra 280. maddede sınırlı bir şekilde vücut bulmuştur. “Görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti” demek suretiyle kanun koyucu bir sınır çizmek istemiştir.

Kanun koyucu bu sınırı çizerken aslında bir bakıma birey ile toplum arasında denge yaratmaya çalışmış suçun bildirilmesiyle ihlal edilecek olan hukuki değer ile bildirilmediği takdirde ihlal edilecek olan hukuki değerler arasında bir tartım yapmıştır. Nitekim bunun kanuna yansıdığı bir diğer örnek “*Kamu Görevlisinin Suçu Bildirmemesi*” başlığıyla düzenlenen TCK m. 279 ile “*Göreve ilişkin sırrın açıklanması*” başlığıyla düzenlenen TCK m.258 arasındaki ilişkidir.

Madde 258; görevi nedeniyle kendisine verilen veya aynı nedenle bilgi edindiği ve gizli kalması gereken belgeleri, kararları ve emirleri ve diğer tebligatı açıklayan veya yayınlayan veya ne suretle olursa olsun başkalarının bilgi edinmesini kolaylaştıran kamu görevlisini cezalandırarak bir saklama yükümlülüğüne aykırı hareket edilmesi halinde doğacak cezai yaptırımı belirtmektedir. Madde 279 ise kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenip de yetkili makamlara bildirimde bulunmayı ihmal eden veya bu hususta gecikme gösteren kamu görevlisinin cezalandırarak yukarıda belirtilen hükme adeta bir parantez açarak görev sırrının açıklanmasına bir sınır çizmektedir.

Bu başlık altında değinilmesi gereken bir diğer husus nemo tenetur ilkesinin m. 280 ile olan ilişkisidir.

Anayasa’nın m. 38. maddesinin 5. fıkrasında “*Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.*” demek suretiyle nemo tenetur ilkesine yer verilmekte ve susma hakkı, tanıklıktan çekinme gibi haklarla bu temel ilke desteklenmektedir. Burada yakın kavramından ne anlamamız gerektiği önemli bir husustur.

Doktrinde bizim de katıldığımız_görüşe göre⁷⁰¹ yakın kavramının sınırlarının Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre belirlenmesi gerektiği belirtilmektedir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 48. maddesi kişinin kendisini, 45. maddesinin 1. fıkrası ise failin “*nişanlısı, evlilik bağı kalmasa bile eşi, kan hısımlığından veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoy, üçüncü derece dahil kan veya ikinci derece dahil kayın hısımları, failin aralarında evlâtlık bağı bulunanları*” yakınları olarak kabul etmiş ve tanıklıktan çekinebileceklerini açıkça ifade etmiştir.

Bazı yazarlara göre ise⁷⁰²; Anayasada belirtilen yakın kavramından anlamız gerekenin Türk Medeni Kanunu'nu m. 17 ve 18 hükümleri⁷⁰³ çerçevesinde belirlenmesi gerekmektedir. Bunun sebebi 765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde madde 259'da “*Ceza Kanunu itibariyle akrabadan murat, karı koca ile usul ve fîru ve kardeş ve kız kardeş ve amca ve dayı ve hala ve teyzelerle yegenler ve bunlar derecesindeki sıhri akrabadır.*” şeklinde yakın kavramından ne anlaşılması gerektiği açıkça belirtilmekte idi. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda bu hükme yer verilmediği için yakın kavramını genel hükümlerden yola çıkarak yorumlamak gerekir.

Nemo tenetur ilkesinin ceza muhakemesinde aleyhe delil verme yasağı olarak yerini almaktadır. Aleyhe delil verme yasağının hukuki niteliği doktrinde tartışmalı bir husustur. Doktrindeki bazı yazarla göre⁷⁰⁴ aleyhe delil verme yasağının bulunması bildirim yükümlülüğünün ihlali bakımından kusurluluğu etkileyen hallerden biri olan mazeret sebebi olarak kabul edilmelidir. Bir başka görüşe göre ise⁷⁰⁵ TCK m. 26 kapsamında hakkın kullanılması olarak kabul ederek şahsi cezasızlık sebebi olduğunu savunmaktadırlar.

⁷⁰¹ Üzülmöz, Sağlık Mesleği, s.840, Zafer, Sağlık Mesleği, s.1346. Giyik, s. 196.

⁷⁰² Çakmut, ss. 1056-1057., Ünver, (TCK'da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar), s.427., Kolcu, s. 200.

⁷⁰³ “Kan hısımlığı

Madde 17- Kan hısımlığının derecesi, hısımları birbirine bağlayan doğum sayısı ile belli olur. Biri diğerinden gelen kişiler arasında üstsoy-altsoy hısımlığı; biri diğerinden gelmeyip de, ortak bir kökten gelen kişiler arasında yansoy hısımlığı vardır.”

“Kayın hısımlığı

Madde 18- Eşlerden biri ile diğer eşin kan hısımları, aynı tür ve dereceden kayın hısımları olur. Kayın hısımlığı, kendisini meydana getiren evliliğin sona ermesiyle ortadan kalkmaz.”

⁷⁰⁴ Koca ve Üzülmöz, s.994.

⁷⁰⁵ Tezcan ve diğerleri, s.1277, Koca, “Çocuk İstismarında İhbar Yükümlülüğü”, s. 122., Özgenç, Genel Hükümler, ss. 352-353.

Tüm bu açıklamalar doğrultusunda aleyhe delil verme yasağına karşın sağlık mesleği mensubunun ihbar etmesi gereken kişinin yakını olması durumunda ilkesel bir çatışma doğacaktır.

Bu sebeptendir ki doktrinde⁷⁰⁶ açık ve ayrı bir şekilde aleyhe delil verme yasağı ile ilgili düzenleme yapılması gerektiği savunulmaktadır. Bu suç tipinin düzenlenirken nemo tenetur ilkesinin hiçbir surette dikkate alınmaması adil yargılama hakkına ve hukuk ve belirlilik ilkelerine aykırılık teşkil etmektedir. Hükümde tanıklıktan çekinebileceklerle ilişkin istisnai bir düzenleme getirilerek madde metninde kanuni bir düzenleme yapılması, “yakın” ve “hısım” kavramlarının birbirine karıştırılmaması gerektiği belirtilmektedir. Nitekim “*Tutuklu, Hükümlü veya Suç Delillerini Bildirmeme*” başlığı ile düzenlenen TCK m. 284/4’te “*Bu suçların üstsoy, altsoy, eş veya kardeş tarafından işlenmesi halinde, cezaya hükmolunmaz.*” demek suretiyle açık ve ayrı bir biçimde hem de daha ağır bir suç bakımından aleyhe delil verme yasağına ilişkin düzenleme getirilmesini örnek göstermektedirler.

Yine aşağıda değineceğimiz Anayasa m. 38/5’in doğrudan uygulanabilirliğine ilişkin görüşler dışında doktrinde⁷⁰⁷; bu suç ile sağlık mesleği mensubunun kendi işlediği veyahut iştirak ettiği suçları bildirmesinin beklenmediği ifade edilmekte ve bunun Anayasa m. 38/5 ile bir ilgilisinin bulunmadığı ifade edilmektedir. Bu sonuç genel olarak suçu bildirmeme suçlarının lafzından açık bir şekilde çıkarılmaktadır. Çünkü bir kimsenin kendi işlediği veyahut iştirak ettiği suça ilişkin belirti ile karşılaşması hukuken ve mantıken mümkün değildir.

Doktrinde bazı yazarlara göre⁷⁰⁸ açık ve ayrı bir düzenlemeye ihtiyaç olmayıp Anayasa m. 38’in doğrudan uygulanma kabiliyeti vardır. Çünkü hukuka uygunluk sebepleri sınırlı olmayıp, sistematik bir yorum ile kanunun bütününden anlamamız gerekmektedir. Bu görüşteki yazarlar Anayasa m. 38/5 ‘in niteliği konusunda farklı görüşlere ayrılmaktadırlar.

⁷⁰⁶ Ünver, (TCK’da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar), ss.427-428., Nuhoğlu, s.25., Hakeri, Tıp Hukuku, s. 1189., Çakmut, s. 1056., Zafer, Sağlık Mesleği, s. 1346., Kolcu, s. 200.

⁷⁰⁷ Kocasakal, s. 179. Eleştiriler için bakınız: Ünver, (TCK’da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar), s.407.

⁷⁰⁸ Tezcan ve diğerleri, s.1277, Hafizoğulları ve Acar, s. 189, 194, Hafizoğulları ve Özen, s. 192., Toroslu, s. 338., Karahan, s. 964., Erdem, “Suçu Bildirmeme Suçu”, s. 109., Bulut, s. 90., Özgüç, s. 1025.

Bir görüşe göre⁷⁰⁹; Anayasa 38/5 somut olayda mevcut ise artık burada sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmemesi hakkın icrası kapsamında bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmelidir.

Kocasakla'a göre⁷¹⁰; tanıklıktan çekinme bir hak olarak düzenlenmiş olup bir yükümlülük değildir. Bunun kanundaki yansımaları TCK m. 237/1-b hükmünde yer alan “tanıklıktan çekinme hakkı olmasına rağmen” ibaresi, CMK m. 48’de “Tanık, kendisini veya 45 inci maddenin birinci fıkrasında gösterilen kişileri ceza kovuşturmasına uğratabilecek nitelikte olan sorulara cevap vermekten çekinebilir.” denmesi ve CMK m. 51’de tanığın kendi takdirine bağlı olarak tanıklıktan çekinemeyeceğinin belirtilmiş olmasıdır.

Üzülmez’e göre⁷¹¹; Anayasa m. 38/5 kapsamında sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmemesi halinde artık mazeret sebebi sebebiyle kusurluluk ortadan kalkacaktır.

Koca ve Nuhoğlu’na göre⁷¹²; Anayasa m. 38/5’in somut olayda mevcut olması halinde artık sağlık mesleği mensubunun bildirim yükümlülüğü bulunmayıp şahsi cezasızlık sebebi olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

Bu görüşle paralel Zafer’in görüşüne göre⁷¹³; yukarıda belirtildiği gibi mevcut düzenlemede hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmeli fakat olması gereken diğer suçlarda yapılan ayrı düzenlemeler gibi bu suç tipi bakımından da şahsi cezasızlık sebebi olarak ayrıca bir düzenlemenin yapılmasıydı.

Kanaatimizce böylesi bir düzenlemenin ya ayrı ayrı bütün suçu bildirmeme suçları bakımından ya da ayrı ayrı değil de suçu bildirmeme suçları bakımından genel bir düzenleme şeklinde yapılması gerekliydi⁷¹⁴. Çünkü bir sağlık mesleği mensubu

⁷⁰⁹ Kocasakal, s. 185 ve ss.207-209, Erbaş, ss. 169-170, Zafer, Sağlık Mesleği, s. 1346, Hafizoğulları ve Acar, s. 197. Hafizoğulları ve Özen, s. 192, Toroslu, s. 338, Çakmut, s. 1056, Hakeri, Tıp Hukuku, s. 1189, Tezcan ve diğerleri, s. 1277, Yazar bu görüşüne ek olarak TCK m. 278/4’teki gibi bir hükme TCK m. 280’de de yer vermelidir. Giyik, ss. 195-196 ve s.203., Karahan, s. 964., Kolcu, ss. 181-182., Özgüç, s. 1025., Koç, s. 92.

⁷¹⁰ Kocasakal, ss. 185-186.

⁷¹¹ Üzülmez, Sağlık Mesleği, s. 840.

⁷¹² Koca, “Çocuk İstismarında İhbar Yükümlülüğü”, ss. 118-119, ss.125-126, Nuhoğlu, s. 25.

⁷¹³ Zafer, Sağlık Mesleği, s. 1346.

⁷¹⁴ Erbaş, s. 168.

hayatın olağan akışında Anayasa m. 38 evrensel bir ilkenin dayanağıdır diyerek TCK m. 280'ne de uygulanacağını düşünmesini beklemek abestir.

İdeal bir hukuk düzenindeki görüşler elbette ki hepimizin temennisidir. Fakat bu ve buna benzer görüşleri bir sağlık mesleği mensubunun bilmesini beklemek yine Anayasamızın evrensel bir ilkesi olan hukuk devletinin en doğal sonucu hukuki belirlilik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Nitekim doktrinde bir görüşe göre⁷¹⁵; anayasanın ilgili hükmünün kişilerin ifadesinin alınması esnasında etki altında kalmamaları amacıyla getirilmiştir. Bu nedenle hükmün maddi hukuka bir etkisi yoktur. Kanun koyucu diğer suçlarda olduğu gibi bu suç tipi bakımından da ayrı ve açık bir şekilde şahsi cezasızlık sebebi düzenlemeliydi. Kanun koyucu diğer suçlardan farklı olarak burada bilinçli bir şekilde bu şahsi cezasızlık sebebine yer vermemiş ve hukuka aykırı bir tercihte bulunmuştur⁷¹⁶. Nitekim 765 s. TCK'da yakınlarının soruşturmaya veya kovuşturmaya uğraması ihtimalinde dahi bildirim yükümlülüğünün devam ettiği ifade edilmekteydi. Bu sebeple mevcut durumda TCK m. 280 Anayasa m. 38/5'e aykırı niteliktedir.

Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin 30.06.2011 tarihli bir kararı da açıkça bu durumu ortaya koymaktadır. Karar TCK m. 278'de işlenmekte olan bir suçu yetkili makamlara bildirmeyen kişinin cezalandırırken bu suçun fail veya failleriyle arasındaki yakın akrabalık durumunun hiçbir şekilde dikkate alınmamasının; Anayasanın 38. maddesinin 5. fıkrasına aykırı olup olmadığına ilişkin talep edilen somut norm denetimine dairdir.

Karar TCK m. 278'de yakın akrabalık ilişkilerinin hiçbir şekilde dikkate alınmaması, Anayasa m.38/5'in evrensel bir ceza hukuku ilkesi olduğu ve bu sebeple aksine bir düzenleme yapılarak hiç kimsenin kendisi veya yasada gösterilecek belli derecedeki yakınları aleyhine delil vermeye zorlanamayacağı belirtilmektedir.

Anayasa Mahkemesinin yukarıda sunulan gerekçelerle TCK m. 278'in oybirliğiyle iptaline karar vermesinin ardından 02.07.2012 tarihinde 6352 Sayılı kanunun 91. maddesiyle TCK m. 278'e yeni bir fıkra eklenmiştir. *“Tanıklıktan çekinebilecek olan kişiler bakımından cezaya hükmolunmaz. Ancak, suçu önleme*

⁷¹⁵ Zafer, Sağlık Mesleği, s. 1346.

⁷¹⁶ Ünver, (TCK'da Düzenlenen Adliyeye Karşı Suçlar),s. 401. Giyik, s. 202.

yükümlülüğünün varlığı dolayısıyla ceza sorumluluğuna ilişkin hükümler saklıdır.” denerek açık ve ayrı bir biçimde aleyhe delil verme yasağına ilişkin düzenleme getirilmiştir.

Son olarak bu başlık altında değinilmesi gereken bir diğer husus tanıklıktan çekinme ile suçun bildirilmemesi arasındaki ilişkidir.

CMK m. 46/1-b gereği *“hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları ve diğer bütün tıp meslek veya sanatları mensuplarının, bu sıfatları dolayısıyla hastaları ve bunların yakınları hakkında öğrendikleri bilgiler hakkında meslekleri ve sürekli uğraşları sebebiyle”* tanıklıktan çekinebileceklerdir. Yine HMK m. 249’a göre kanun gereği sır olarak korunması gereken bilgiler hakkında tanıklığına başvurulacak kimseler, bu hususlar hakkında tanıklıktan çekinebilirler. Ancak, 19.3.1969 tarihli ve 1136 sayılı *“Avukatlık Kanunu”* hükmü saklı kalmak üzere sır sahibi tarafından sırrın açıklanmasına izin verildiği takdirde, bu kimseler tanıklıktan çekinemezler denmektedir.

Hal böyle iken tedavi amacıyla gelen kişi sağlık mesleği mensubunun ileride tanıklık yapacağını bilirse kişisel hürriyetinin ve özel hayatının gizliliğinin ihlal edileceğini düşünecektir. Bu durum da açıkça Anayasa m. 20 *“Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.”* hükmüne aykırılık teşkil edecektir. İşte bu noktada sağlık mesleği mensuplarının meslekleri ve sürekli uğraşları nedeniyle tanıklıktan çekinme hakkıyla TCK m. 280’den kaynaklanan suçu bildirme yükümlülüğü arasındaki ilişki bakımından temelde doktrinde iki görüş bulunmakta ve bu görüşlerde birtakım nüanslarla birbirinden ayrılmaktadır.

İlk görüş⁷¹⁷; CMK m. 46/1-b ile TCK m. 280 arasında bir çelişki bulunduğunu savunmaktadırlar. Gerekçe olarak ise bir hukuk devletinde bireye tanıklıktan çekinmesi için mesleği ve sürekli faaliyetinden kaynaklı bir çekinme hakkı tanıyıp sırrını korurken diğer yandan onu aksi yönde bir eyleme zorlaması kabul edilemez. Yasa koyucunun bilinçli bir tercih ile tanıklıktan çekinme hakkı karşısında bildirim

⁷¹⁷Erem, Şerh, s. 2580, Çakmut, s. 1060, Ayhan Önder, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cilt:2, Beta Basım Yayın, 1989, İstanbul, s. 244., Hakeri, Tıp Hukuku, s. 1182 , 1189, Artuk ve diğerleri, Özel Hükümler, s. 1232, Nuhoglu, s. 25, Tezcan ve diğerleri, s. 1277., Hızal, “ Türk Ceza Kanununda Sağlık Personelinin İhbar Yükümlülüğü”, ss. 145-146., İplikçi, ss.99-101.

yükümlülüğü tercih ettiği belirterek TCK m. 192/4'ü⁷¹⁸ istisnai bir örnek olarak göstermektedirler. Bu sebeple bu çelişkinin giderilmesi için bir istisna getirilerek sağlık mesleği mensubuna başvuran kişinin şüpheli olması hali ayrı tutulmalıdır.

Hakeri'ye göre⁷¹⁹; burada artık yükümlülüklerin çatışması hali söz konusudur.

Önder'e göre ise⁷²⁰; esasta bir çatışma görünse de aslında görevlerin görünüşte bir çatışması söz konusudur. Çünkü bu çatışmanın kaynağı aslında bir hukuka uygunluk sebebidir. Bu sebeple tanıklıktan çekinilerek suçun bildirilmediği halde korunan hukuki değer ile suçun bildirildiğindeki korunan hukuki değerle hangisi üstün ise o esas alınacak ve eylemi hukuka uygun hale getirecektir.

İkinci görüş ise; CMK m. 46/1-b ile TCK m. 280 arasında bir çelişki bulunmayıp istisnai bir düzenleme olduğunu savunmaktadırlar. Bu görüş kendi içerisinde dayanak noktaları sebebiyle ayrılmaktadır.

Doktrinde bir görüşe göre göre⁷²¹; tanıklıktan çekinme ile sağlık mesleği mensubunun suçu bildirme yükümlülüğü arasında bir çelişki bulunmayıp ayrım noktalarının konuları olduğunu vurgulamaktadırlar. Kanun koyucu sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirim yükümlülüğüne CMK m. 46 ile bir istisna tanımıştır. Bunun sebebi de bilinçli bir şekilde kamu menfaatini üstün tutarak artık bir suç hali mevcut ise hukuk düzenince korunacak bir sır bulunmamaktadır. Suç konusu dışında kalan hususlar bakımından tanıklıktan çekinme hükmü halen işlerliğini koruyacak fakat suçu ilişkin hususlarla ilgili tanıklıktan çekinme hükmünü ileri sürerek bildirim yükümlülüğünden kaçınamayacaktır.

⁷¹⁸ “Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi, hakkında kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmaktan dolayı soruşturma başlatılmadan önce resmi makamlara veya sağlık kuruluşlarına başvurarak tedavi ettirilmesini isterse, cezaya hükmolunmaz. (Ek cümle: 24/11/2016-6763/16 md.) Bu durumda kamu görevlileri ile sağlık mesleği mensuplarının 279 uncu ve 280 inci maddeler uyarınca suçu bildirme yükümlülüğü doğmaz.”

⁷¹⁹ Hakeri, Tıp Hukuku, s. 1182

⁷²⁰ Önder, Genel Hükümler, s. 244., Hakeri, Tıp Hukuku, s. 1189., Çakmut, s. 1056., Mahmutoglu, Çocuklara Yönelik Cinsel İstismar Suçu, s. 345.

⁷²¹ Zafer, Sağlık Mesleği, s. 1340, 1350, Yazar artık bu halde sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmemesinin mümkün olduğunu ve bu davranışının da hakkın kullanılması kapsamında hukuka uygunluk nedeni olduğunu ifade etmektedir. Bakınız: Kocasakal, s. 186, ss. 209-212, Nuhoglu, s. 26., Erbaş, ss. 168-170, Kolcu, ss. 160-161, Karahan, s. 967., Bulut, s. 92., Yağlıdere, s. 74., Koç, s. 95., Yenisey ve Nuhoglu, s.514.

Giyik'e göre⁷²²; CMK m. 46/1-b hükmü sağlık mesleği mensuplarının “*hasta ve hasta yakınları*” hakkında edindiği bilgilere ilişkin bir tanıklıktan çekinme hükmüdür. Bu sebeple TCK m. 280 kapsamında bildirilmesi gereken hususlar CMK m. 46 dışında kalan hususlar olup aralarında konu bakımından bir ayrım bulunmaktadır.

Paralel bir başka görüş ise⁷²³; tanıklık bakımından suç oluşturan-suç oluşturmeyen konu ayrımının isabetli olmadığı kanısındadır. Çünkü tanıklık kurumu niteliği itibariyle beş duyu organıyla algılanan hususların aktarılmasından ibarettir. Bu sebeple sağlık mesleği mensubu yargılama öncesi suçu bildirecek yargılama sürecinde herhangi bir konu ayrımı yapılmaksızın hastanın rızası yok ise tanıklık yapamayacaktır. Yazar hükümlerin çelişmediğini belirtmekte CMK 46/1-b'nin sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmemesi bakımından bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilemeyeceğini ifade etmektedir. Fakat mevcut durumun tanıklıktan çekinme kurumunu fiilen etkisizleştirdiğini ifade ederek TCK m. 278'deki gibi ayrı bir fıkra ile şahsi cezasızlık sebebi olarak TCK m. 280 bakımından da düzenleme yapılması gerektiğini ifade etmektedir.

Bu görüşü destekleyen yazarlardan Sayın Nuhoğlu; eseri içerisinde çelişkiye düşerek bir bölümde TCK m. 283 ve 284'te nasıl ki ayrı bir şahsi cezasızlık nedeni düzenlenmiş ise bu suç bakımından düzenlenmemesinin çelişki yarattığını ifade ederken eserin ilerleyen bölümlerinde yukarıda anlatıldığı üzere konu bakımından ayrıma giderek iki hüküm arasında çelişki bulunmadığını ifade etmiştir⁷²⁴.

Ünver'e göre⁷²⁵; CMK m. 46 ve TCK m. 280 birbirine daha yakın düzenlenebilirdi. Fakat mevcut halde aralarında bir çelişki bulunmayıp sağlık mesleği mensubu bildirdiği suç bakımından ileride beş duyu organıyla algıladıkları hususunda tanık olarak ta dinlenebilecektir.

⁷²² Giyik, s. 203.

⁷²³ Özgüç, ss. 1028-1029.

⁷²⁴ Nuhoğlu'nun görüşlerine ilişkin detaylı eleştiri için bakınız: Ünver, (TCK'da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar), s. 425.

⁷²⁵ Ünver, (TCK'da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar),s. 425-426.

Özgenç'e göre⁷²⁶; CMK m. 46 ve TCK m. 280'in birlikte düşünülmesi gerektiğini tanıklıktan çekinme hali söz konusu ise artık burada korunan hukuki değer tartışması olmaksızın hakkın kullanılması kapsamında bir hukuka uygunluk nedeni bulunacağından suçun bildirilmemesi halinde artık suç oluşmayacaktır.

Koca'ya göre⁷²⁷; hastanın ceza soruşturması veya kovuşturmasına tabi olacağı korkusu taşıması bildirim yükümlülüğü bakımından önem arz etmez. Sağlık mesleği mensubu zaten bildirimde bulunacağını hasta ile paylaşmak yükümlülüğü altında değildir. Burada Anayasa m. 38/5'te olduğu gibi CMK m. 46/1-b bakımından da bir şahsi cezasızlık hali söz konusudur.

Üzülmez'e göre ise⁷²⁸; iki hüküm arasında temel süreç farkı bulunup; tanıklıktan çekinme halinin soruşturma değil de kovuşturma evresinde devreye girmesi nedeniyle aralarında bir çatışma olmadığını belirtmektedir. Çünkü suçun bildirilmesi soruşturma evresi hatta soruşturma evresinin öncesini ilgilendirdiğinden tanıklıktan çekinme hakkı istendiği takdirde yine kovuşturma evresinde kullanılabilir. Bu sebeple artık burada sağlık mesleği mensubunun bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde mazeret sebebi bulunması nedeniyle artık kusurlu sayılmayacaktır.

Son olarak doktrinde⁷²⁹; bu suçun oluşabilmesi için suçun bildirilmemesi hususunda haklı neden bulunmaması gerektiği belirtilmektedir. Kanunda böyle bir şart aranmasa da sağlık mesleği mensubunun haklı bir neden var ise artık burada suçun oluşmayacağı belirtilmektedir.

Kanaatimizce TCK m. 280 ile CMK m. 46/1-b arasında çelişki bulunmamaktadır. TCK m. 280 sağlık mesleği mensubunun tanıklıktan çekinebilmesi karşısında aslında istisnai bir hüküm niteliğindedir. Öncelikle iki temel noktadan bu konuya yaklaşmak gerekir. İlk olarak CMK m. 46/1-b ileri sürülerek sağlık mesleği mensubunun bildirim yükümlülüğünden kaçınabileceğini; bu durumda yukarıda bazı

⁷²⁶Özgenç, Sağlık Mesleği, s.87., (<http://www.sdplatform.com/Dergi/169/Saglik-meslegi-mensuplarinin-sucu-bildirme-yukumlulugunun-kapsam-ve-sinirlari.aspx>), (09.01.2020)

⁷²⁷ Koca, Çocuk İstismarı, ss. 160-161.

⁷²⁸ Üzülmez, Sağlık Mesleği, s. 844. Doktrinde bu görüş; hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni ile mazeret sebebi kavramlarının birbirine karıştırıldığı gerekçesi ile eleştirilmektedir. Bakınız: Ünver, (TCK'da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar), s. 426.

⁷²⁹ Toroslu, s.338.

yazarlar tarafından hukuka uygunluk, mazeret, şahsi cezasızlık sebebi gibi bir halin olduğunu ileri sürmek isabetsizdir. Çünkü bu bakış açısı karşısında her sağlık mesleği mensubun “*benim tanıklıktan çekinme hakkım var*” diyerek karşılaştığı suç belirtisini bildirmek istemeyecek ve TCK m. 280 işlevsiz hale gelecektir. Nitekim yukarıda 2. ve 3. anket verilerinde görüldüğü üzere; ciddi oranda sağlık mesleği mensubu (neredeyse %80’i) suç belirtisini ihbar etmemekte, yine önemli bir kısmı suçu ihbar etmenin kendi görevi olduğunu düşünmemekte, etik bir ikilemde kaldığını düşünerek çoğu zaman aile içi şiddet, reşit olmayanla cinsel ilişki gibi önemli olguları bildirmek istememektedir. İkinci önemli nokta TCK m. 280 gereği suçu bildirim yükümlülüğü var denerek sağlık mesleği mensubunun hiçbir zaman CMK m. 46/1-b gereği tanıklıktan çekinemeyeceğini ifade etmek doğru bir bakış açısı değildir. Çünkü bu halde CMK m. 46/1-b’nin bir düzenlenme amacı kalmayacak ve işlevsiz hale getirilecektir.

Bu iki noktadan yaklaştıktan sonra iki hüküm arasında konu farkı olduğunu ifade eden görüşe kısmen katılıyoruz. Burada iki hüküm arasında konu farkı bulunmaktadır. TCK m. 280 kapsamında suç bildirimini yerine getiren sağlık mesleği mensubu CMK m. 46/1-b kapsamında tanıklıktan çekinebilecektir. Meğerki sır sahibinin rıza göstermesi halinde zaten tanıklık yapabilecek ve bu durum bir çatışma yaratmayacaktır. Çünkü buradaki tanıklıktan çekinme zaten bir yakınlık ilişkisinden kaynaklı olmayıp mesleki gereklilikten ve hastanın mahremiyetinden kaynaklanmaktadır. Hastanın rıza göstermesi halinde etik ikilem de ortadan kalkacaktır. Bu durumda yargı mercileri sağlık mesleği mensubunun ihbarı ve sunduğu adli rapor ile yetinecektir. Kaldı ki bu hal bir hukuka aykırılık veyahut kayıp olarak nitelendirilemeyecektir. Çünkü sağlık mesleği mensubu bir yargı organı veyahut kolluk olmayıp somut olayı araştırmak ve maddi gerçeği ortaya çıkarmak yükümlülüğü altında değildir.

D. MANEVİ UNSUR

1. Genel Olarak

Bu suçun manevi unsuru bakımından ilk belirtilecek husus suçun yalnızca kasten işlenebileceğidir. Failin suç tipi bakımından kastı var diyebilmek için; sağlık mesleği mensubunun görevini yaptığı esnada bir suç belirtisi ile karşılaşması, bu

belirtinin bir suça ilişkin olduğunu bilmesi, bildirim yükümlülüğü altında olduğunu bilmesi fakat buna rağmen yetkili makamlara bilerek veya isteyerek hiç bildirmemesi veya bildirmek hususunda gecikme göstermesi gerekmektedir. Bu sebeple sağlık mesleği mensubunun bildirmeme veya bildirmede gecikme göstermesi halinde saiki önem taşımayıp genel kastı yeterlidir⁷³⁰.

Doktrinde bu suç tipi bakımından etnik, duygusal veya dini saiklerin önem arz etmediği belirtilmektedir⁷³¹. Fakat bu gibi hallerde hakim TCK m. 61/1-g ve 62 kapsamında temel cezanın belirlenmesinde ve hafifletilmesinde dikkate alınabileceği ifade edilmektedir⁷³².

Doktrinde⁷³³ bu suç tipinin kasten işlenebileceği noktasında görüş birliği bulunmaktadır. Taksirle sorumluluğun mümkün olabilmesi için kanunda açıkça ifade edilmesi gerekmektedir. Kanunda bu suç tipi bakımından özel bir düzenleme olmadığından taksirle sorumluluğun ortaya çıkması mümkün değildir⁷³⁴. Nitekim yargı kararları da bu yöndedir⁷³⁵.

⁷³⁰ Toroslu, s.338, Çakmut, s.1056, Erbaş, s. 156, Koca, Üzülmmez, s. 993. Üzülmmez, Sağlık Mesleği Mensupları, s. 837.

⁷³¹ Nuhoglu, s. 24., Kocasakal, s. 213.

⁷³² Zafer, Sağlık Mesleği, s. 1345.

⁷³³ Toroslu, s.338, Özgenç, Genel Hükümler, s.87, Hakeri, Tıp Hukuku, s. 1189, Nuhoglu, s.24, Koca ve Üzülmmez, s.993, Yazar olası kast ile de işlenebileceğini savunmaktadır. Bakınız: Ünver, (TCK'da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar), s. 427, Tezcan ve diğerleri, s. 1276, . Erbaş, s. 154., Hafizoğulları ve Özen, s. 196., Yaşar ve diğerleri, s. 8045.

⁷³⁴ Çakmut, s. 1056. Zafer, Sağlık Mesleği, s. 1345. Giyik, s. 201., Gültekin, s.110., Karahan, s. 962., Kolcu, s. 197., Yağıldere, s. 71., Bulut, s. 90., Özgüç, s. 1023.

⁷³⁵ *“Suçu bildirmeme suçunun kasıtlı işlenebileceği, sanığın nöbetçi doktor olmayıp diğer doktor törende olduğu için üzerine süt dökülmesi nedeniyle getirilen mağdura müdahale ettiği, nöbetçi doktor olmadığı ve iş yoğunluğu nedeniyle olayı kolluğa bildiremediğini savunması ve bu savunmasının aksinin ispat edilememesi karşısında...”*, Yrg. 4. Cd., 17.12.2012 Tarih ve 2012/13441 E. 2012/30482 K., <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (07.04.2020).

“İlk derece mahkemesi kararının yerinde olmadığına yönelik üye hakim tarafından yazılan muhalefet şerhinde: “...Sanığın savunması, F.N.E. hakkında tanzim edilen 27/10/2015 tarihli ve A.K. hakkında tanzim edilen 31/10/2015 tarihli "adli muayene raporu" içerikleri, rapor düzenlenmesine rağmen kolluğa bildirim yapılmadığına dair 23/11/2015 tarihli kolluk tutanakları ve tanık H.A.'nın yeminli ifadesine göre, sübut noktasında herhangi bir tereddüt söz konusu olmayıp, buna göre sanığın suç tarihinde Çerkeş Devlet Hastanesi'nde doktor olarak kamu görevi ifa ettiği, 27/10/2015 tarihinde F.N.E'nin ve 31/10/2015 tarihinde de A.K.'nin muayenelerini yapıp müdahalede bulunduğu, neticesinde de "genel adli muayene raporu" düzenlediği, düzenlenen raporların niteliği ve yapılan tespitlere göre yaralama suçundan dolayı kolluğa herhangi bir bildirimde bulunmadığı sabittir. Buna göre bu suçun varlığı için, failin maddenin ikinci fıkrada sayılan kişilerden olması ve görevini yaptığı sırada öğrendiği ve bir suçun işlendiği yönündeki belirtiyi karşılık durumu yetkili makamlara bildirmemesi veya bildirme hususunda gecikme göstermesi gerekmektedir. Bu suçun manevi unsuru genel kast olup, taksirle işlenmesi mümkündür. Manevi unsurun gerçekleşmesi için herhangi bir tür veya içerikte özel kast aranmamakta olup, genel kast gerekli ve yeterlidir.

Ayrıca bu suç tipi gerçek ihmali suç niteliğindedir. Gerçek ihmali suçlarda kastın ne şekilde vücut bulduğu bu noktada tartışmalıdır⁷³⁶. Kastın bu suç bakımından neleri kapsaması gerektiği önemlidir. Burada sağlık meleği mensubu belirtinin suç oluşturmadığını sanması, belirtinin suçla ilgili olduğunu tespit edememesi, suçun henüz işlenmediğini düşünmesi, bildirim yükümlülüğünün zamanı konusunda yanılması⁷³⁷, belirtinin varlığı, suçun işlenip işlenmemiş olduğu, bildirim hangi merciye yapılacağı hususunda yanılma gibi hallerde sağlık mesleği mensubu bakımından hata hükümleri gündeme gelecektir. Özellikle sağlık mesleği mensubu suçun oluşup oluşmadığı noktasındaki takdir yetkisini mesleki bilgi ve tecrübesine göre kullanacaktır. Bu sebeptir ki kendisinden bir hukukçu gibi suç tespiti yapması beklenemez⁷³⁸. Bu konuya hata başlığında tekrar dönülecektir.

Son olarak suç tipinin olası kastla işlenip işlenemeyeceği hususu doktrinde tartışmalıdır.

Doktrinde bir görüşe göre⁷³⁹ bu suç yalnızca doğrudan kastla işlenebilecektir. Gerekçe olarak ise bildirmeme veya bildirmekte gecikme gösterme hareketlerinde

Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; sanığın iki farklı tarihte müdahalede bulunduğu ve adli vaka olduğu hususunda kuvvetli belirti olan yaralanma fiillerini yetkili makamlara bildirmediği, bildirimlerin tanık tarafından ve olaylardan 23 ve 27 gün sonra bildirildiği gözetildiğinde, davanın yeniden görülmesine ve duruşma açılarak sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesine karar verilmesi gerektiği kanaatiyle çoğunluk görüşüne katılmamaktayım...” Söz konusu ilam değerlendirildiğinde suçun taksirle işlenemeyeceği belirtilmiş ve 5237 sayılı TCK’nın 280. Maddesinde suçun sübut bulması için kastın yeterli olduğu ifade edilmiştir. Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 9. C.D. 15.11.2017, 3363/3452.” Karar için bakınız: Koç, s. 87 vd.

⁷³⁶ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suç Çeşitleri, s.236.

⁷³⁷ Doktrinde failin halen zamanı olduğunu düşünerek geç bildirimde bulunması fiili hata olarak nitelendirilmektedir. Hafızoğulları ve Özen, s. 189; Yaşar ve diğerleri, s.8017

⁷³⁸ Zafer, Sağlık Mesleği, s. 1341., Donay, Meslek Sırrı, s. 126.

⁷³⁹ Özgenç, Genel Hükümler, s.86, Koca, “Çocuk İstismarında İhbar Yükümlülüğü”, s. 127, Koca ve Üzülmüş, s.993., Hafızoğulları ve Özen, s. 188., Kocasakal, ss. 217-218., Giyik, s. 201., Yazar bu suçun tehlike suçu olduğunu belirtmekte ve zarar unsurunun suçun neticesi ile ilgili olmadığını ifade etmektedir. Zarar olasılığı failin harekete geçerken düşündüğü bir husus olup kasta ilişkindir. Bu suç bakımından saik önem arz etmediğinden genel kast yeterli olacaktır. Bakınız: Donay, Meslek Sırrı, ss. 111-112, ss. 170-172.,

““Meydana gelen olayda; nüfus kaydında 01/11/1995 doğumlu 28/01/2010 tarihinde doğum için Hatay Doğum ve Çocuk Bakımevine müracaat ettikten sonra aynı gün içerisinde hastaneye yatışı yapıldıktan sonra doğum yapmasına binaen 29/01/2010 tarihinde taburcu edilen mağdur B.K’nın hastaneye müracaatı sonrasında veri girişini yapan ve buna ilişkin evrakları tanzim eden veri girişi görevlisi sanık F.G’nin, doğumunu yaptırıp buna ilişkin evrakları tanzim eden sanıklar ebe D.Ç ve doktor M.G ile 29/01/2010 tarihinde mağdurun muayenesini yapıp, taburcu eden ve buna ilişkin evrakları tanzim eden doktor sanık S.H’nin, 15 yaşından küçük mağdurun hamile olduğunu ve/veya doğum yaptığını görevleri ile bağlantılı olarak öğrendikleri halde yetkili makamlara bildirimde bulunmadıklarının sabit olması karşısında, suç açısından kasıtlarının bulunmaması şeklinde dosya kapsamıyla örtüşmeyen yasal ve yeterli olmayan gerekçe ile yazılı şekilde karar verildiği görülmekle CMK’nın 280/1-b, 289/1-g maddesi

neticenin umursanmadığını, göze alınmadığını, kayıtsız kalındığını veyahut muhtemel neticenin göze alındığını ispat etmek mümkün değildir. TCK m. 278, 279 ve 284 bakımından suçu bildirmeme suçlarında her ne kadar hükümde açıkça belirtilmemiş olsa da bu hükümlerin gerekçelerinde “*haberdar olunmamasına rağmen*” veya “*bilinmemesine rağmen*” gibi kavramlara yer vermek suretiyle doğrudan kastı vurgulamakta ve bu suçun işlenebilmesi için suçun işlendiğinin bilinmesi şartı aranmaktadır.

Karşıt görüşe göre ise⁷⁴⁰; bu suçun olası kast ile işlenmesi mümkündür. Çünkü bu suç bakımından kanun hükmünde saik veyahut amaç unsurlarına yer verilmemiştir.

Bu görüşteki Karahan’a göre⁷⁴¹; TCK m. 280’nin hükmü ile gerekçe birbiri ile çelişmektedir. Bizler de daha önce bu çelişkiye detaylı bir şekilde değinmiştik. Yazar hükümdeki belirti ile karşılaşma ile gerekçedeki öğrenme kavramlarının farklı olduğunu ve hükümle bağlı olduğumuzu ifade etmektedir. Bildirim yükümlülüğünün doğması için kesin bir şekilde suçun işlendiğinin öğrenilmesi aranmamaktadır. Bu sebeple kesinlik derecesinde bir kanaat oluşmamakla birlikte suç işlendiğine dair makul bir şüphe varsa artık bu suçun olası kast ile işlenebilmesi mümkündür.

Yine bir başka karşı görüşe göre⁷⁴²; bu suçun olası kast ile işlenme ihtimali doğrudan kast ile işlenme ihtimalinden daha fazla yüksektir. Bu suç bakımından doğrudan kastın söz konusu olabilmesi için hastanın açık beyanının bulunması ya da suçun işlendiğine dair kesinlik derecesinde bir belirtinin bulunması gerekmektedir. Oysaki somut olayda genellikle tereddüt yaşandığından suç öngörülmekte fakat bildirim yükümlülüğü ihmal edilmektedir. Bu sebeple bu suçun olası kast ile işlenmesi mümkündür.

Kanaatimizce bu suç tipinin olası kast ile işlenmesi mümkün değildir. Öncelikle bu suç tipi gerçek ihmali suç niteliğinde olup gerçek ihmali suçların olası

uyarınca hükmün bozulmasına karar verilmiştir”, Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi 4. C.D. 10/05/2017, 782/776.”, Karar için bakınız: Koç, s. 86.

⁷⁴⁰ Nuhoglu, s. 24; Ünver, (TCK’da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar), s.427, Tezcan,Erdem,Önok, s.1276, Zafer, “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu”, s.1345. , Bulut, s. 90, Giyik, s. 201., Yağlıdere, s. 71., Yazara göre failin olası kastla bu suçu işlemesi halinde artık TCK m. 21/2 gereği cezası zorunlu olarak indirilecektir. Kolcu, s. 198.

⁷⁴¹ Karahan, ss. 962-963.

⁷⁴² Özgüç, s. 1023.

kast ile işlenmesi mümkün değildir. Yukarı olası kast görüşünü savunan yazarlar hata hükümleri ile olası kastın öngörmek ve bilmek gibi unsurlarını birbirine karıştırmaktadır. Öncelikle somut olayda sağlık mesleği mensubunun belirti konusunda tereddüte düşerek bildirim yükümlülüğünü ihlal etmesi TCK m. 30/1 kapsamında suçun maddi unsurlarında hata kapsamında değerlendirilecektir. Kaldı ki bunu savunan yazarlar bu suç bakımından failin neticeyi öngörmesine rağmen *“neticenin gerçekleşmesini umursamadığını”*, *“gerçekleşirse gerçekleşsin”* dediğini nasıl ispat edileceği noktasında bir çözüm sunamamaktadırlar.

2. Kusurluluğu Etkileyen ve Ortadan Kaldıran Haller

Suçun cezalandırılabilmesi için suçun objektif unsurları olan tipe uygunluk ve hukuka aykırılığın bir arada bulunması yeterli olmayıp failin aynı zamanda kusurlu olması gerekmektedir. Kusurluluk aslında failin gerçekleştirdiği hukuka aykırı ve tipe uygun eylem ile arasındaki ilişkiyi ifade etmektedir. Buradaki kusurluluğun tespiti ahlaki değerlere göre değil hukuk düzeninin çizdiği normatif değerlere göre tespit edilecektir⁷⁴³. Elbette hukukun çizdiği normatif değerlere göre failin kusurunun tespit edilebilmesi için öncelikle failin kusur yeteneğinin mevcudiyeti değerlendirilmelidir. Failin kusurlu kabul edilebilmesi için davranışlarını yönlendirebilecek imkan ve iktidara sahip olmasına rağmen aksi yönde davranması gerekmektedir⁷⁴⁴.

Burada dikkat edilmesi gereken husus kusurluluk kusur kavramını da içine alan çok daha geniş bir kavramdır. Kusur; failin kendi iradesiyle hukuka aykırılığı tercih etmesidir. Kusurluluk ise birden fazla unsurun bir arada bulunması halinde mevcut olabilecektir. Kusurluluğun mevcut olabilmesi için öncelikle failin TCK m.31, m.33, m.57 gereği fiili işlediği esnada kusur yeteneği bulunmalı, hukuka aykırı olan bir fiili kasten veya taksirle işlemiş olmalı ki bu bize kast ve taksirin çifte fonksiyonunu gösterir. Ayrıca failin bir haksızlık yanılığı bulunmamalıdır. Bir başka deyişle kusurluluğu etkileyen bir halin bulunmaması gerekir. Kusurluluğu etkileyen hallerden bazıları failin tamamen ceza almamasını sağlarken bazıları cezanın indirilme nedeni olabilir. (mazeret sebepleri, hata, haksız tahrik gibi) Son olarak failin kusurluluğunu tespit ederken failin ona isnad edilebilir olması gerekmektedir. Burada isnad edilebilir

⁷⁴³ Özbek ve diğerleri, Genel Hükümler, s. 353.

⁷⁴⁴ Koca ve Üzülmez, s.993.

olmasından kasıt failin işlediği fiilin kendisinden beklenebilir olması gerekmektedir. Beklenebilir olmasından kasıt failin tipe uygun ve hukuka aykırı hareket edebilmesi mümkün olmalıdır. Çünkü hukuk düzeninin hiç kimseden yapılması beklenmeyecek bir hususu istemesi mümkün değildir⁷⁴⁵. Yani failin hukuka uygun davranma imkanı varken bu imkanı kullanmayarak hukuka aykırı hareket etmiş ise failin kusurlu kabul edilmesi gerekecektir⁷⁴⁶.

Burada sağlık mesleği mensubunun beklenebilirlik noktasında hataya düşmemesi gerekir. Hatanın bulunmadığı ve somut olayın özelliklerine bakıldığında fiilin beklenebilir olduğu hallerde artık sağlık mesleği mensubu cezalandırılabilir. Örneğin; somut olayda terör örgütünün yoğun bir şekilde şiddet eylemleri uyguladığı bir bölgenin hastanesinde çalışan hekimin kendisine zarar verileceğinden korkuyla suçu bildirmemesi ya da elektrik hatlarının fırtınadan zarar gördüğü ve iletişim araçlarının kullanılamaz hale geldiği bir yerde çalışan sağlık mesleği mensubunun uzun bir süre suçu bildirmek hususunda gecikme göstermesi halinde artık beklenemeyeceğini kabul etmek gerekir.⁷⁴⁷

Bu açıklamalar doğrultusunda kusurluluğu kaldıran ya da etkileyen hallerden mazeret sebepleri ve hataya değinmek gerekir. Bizler bu çalışmamızda bu suç tipi bakımından kusurluluğu azaltan hallerden biri olan haksız tahrik hükmünün (TCK m. 29) uygulanması mümkün olmadığından; suç tipini göz önünde bulundurarak mazeret sebeplerinden zorunluluk hali, cebir, şiddet ve tehdide değinmeyi uygun gördük.

a. Mazeret Sebepleri

Mazeret sebepleri yalnızca failin iradesini etkilememekte aynı zamanda objektif bir nitelikteki haksızlığı da etkileyen sebeplerdir. Bu nedenle kusurluluğu kaldıran hallerden ayrı bir kavram olarak değerlendirilmesi gerekir. Türk Ceza Kanunu'nda "mazeret sebebi" kavramına doğrudan ve açık bir şekilde TCK m. 27/2'de "*Meşru savunmada sınırın aşılması mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmiş ise faile ceza verilmez.*" hükmünde "mazur görülebilmek" kavramı kullanılarak

⁷⁴⁵ Özbek ve diğerleri, Genel Hükümler, ss. 351-352.

⁷⁴⁶ Serkan Meraklı, "Mazeret Sebeplerinin Türk Ceza Kanunu Bakımından Değerlendirilmesi", Ceza Hukuku Dergisi, Sayı:12, Nisan 2010, s. 262.

⁷⁴⁷ Erbaş, s. 172, Üzülmüş, Sağlık Mesleği, s.841., Yağlıdere, s. 75.

yer verilmiştir. Bunun dışında kanun içerisinde doğrudan bu kavrama yer verilmediği görülmektedir⁷⁴⁸.

Mazeret sebepleri mevcut oldukları hallerde; fail tipe uygun hukuka aykırı bir fiilin işlemesine rağmen failin hareketinin yöneldiği amaç ile haksızlığın içeriği azaldığı için ve fail istisnai kabul edilecek hallerin psikolojisi üzerinde yarattığı etki neticesinde eylemi icra ettiği için mazur görülmekte ve ceza almamaktadır⁷⁴⁹. Burada failin eyleminin haksızlık içeriğinin azalmasına neden olan husus faili harekete geçiren dürtüdür. Bu dürtü neticesinde failin kusurunun tamamen ortadan kalkması aranmaz. Failin kusurunun önemli sayılabilecek derecede azalmış olması halinde kusur mevcut olmasına rağmen fail cezalandırılmayacaktır⁷⁵⁰. Kanunda açık bir şekilde belirtilen zorunluluk hali, amirin emri, meşru savunmada sınırın mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ötürü aşılması, cebir ve şiddet, korkutma ve tehdit halleri mazeret sebebi olarak kabul edilmektedir.

(1). Zorunluluk hali

TCK m. 25/2’de “*Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.*” şeklinde zorunluluk hali ve neticesi açıklanmıştır. Zorunluluk kelime anlamı olarak “*olması gerekme, olduğundan başka olmama, zorunlu olma, mecburluk, mecburiyet, mecburilik, zaruret, ıztırar, zorunluk, zarurilik*” tanımlanmaktadır⁷⁵¹. Kavramdan yola çıkarak fail için başka hiçbir yolun bulunmadığı bir halde bu mazeret sebebinden faydalanacaktır. Zorunluluk halinin hukuki niteliği doktrinde tartışmalı bir husustur.

765 sayılı TCK döneminde gerek doktrinde gerekse yargı kararlarında birlik halinde zorunluluk hali bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmekte idi. 5237 sayılı TCK’da ise zorunluluk hali “*Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan*

⁷⁴⁸ Meraklı, s. 262.

⁷⁴⁹ Meraklı, s. 270.

⁷⁵⁰ Veli Özer Özbek ve Koray Doğan, “Zorunluluk Halinin (TCK m.25/2) Hukuki Niteliği”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Sayı 2, 2007, s. 196-197.

⁷⁵¹ <https://sozluk.gov.tr/>, (07.05.2020).

Nedenler” başlığı altında düzenlendiği için hukuki niteliği konusunda tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Hükümdeki bu belirsizliği gidermek için gidermek adına hükmün gerekçesinde “*kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden olarak zorunluluk (zaruret, ıztırar) hali...*” demek suretiyle zorunluluk halinin hukuki niteliğinin açık bir şekilde kusurluluğu ortadan kaldıran bir hal olduğu belirtilmektedir. Ayrıca Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 223. maddesinin 3. fıkrasının b bendinde “*Yüklenen suçun hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle veya zorunluluk hali ya da cebir veya tehdit etkisiyle işlenmesi... hallerinde, kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir.*” denerek zorunluluk halinin niteliği konusundaki karmaşa giderilmek istenmiştir⁷⁵². Fakat hükmün gerekçesi hükmün içeriğiyle bir birlik içerisinde olmadığı için zorunluluk halinin hukuki niteliği doktrinde halen tartışmalı bir husustur.

Doktrinde bir görüşe göre zorunluluk hali bir hukuka uygunluk sebebidir⁷⁵³

Bir diğer görüşe göre ise zorunluluk hali kusurluluğu etkileyen bir mazeret sebebidir⁷⁵⁴.

Demirbaş ve Kangal ise düzenlemenin somut olayın özelliğine göre kusurluluğu kaldıran hal veya hukuka uygunluk sebebi olabileceği görüşündedir⁷⁵⁵.

Doktrinde bir başka görüşe göre⁷⁵⁶; hüküm mevcut haliyle zorunluluk halinin hem hukuka uygunluk nedeni hem de mazeret sebebi olduğu anlamına gelmektedir. Fakat CMK m. 223/3-b düzenlemesi zorunluluk halinin hukuki niteliğini belirlemiştir.

⁷⁵² Meraklı, s. 275.

⁷⁵³ Süheyl Donay, Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005, 283, Yener Ünver, “YTCK’da Kusurluluk”, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt:1, Sayı:1, Eylül 2006, s. 59, Kayıhan İçel ve A. Hakan Evik, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Kitap, İstanbul 2007, s.132, Ali Kemal Yıldız, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu (Açıklamalar Değerlendirmeler Öğretiden Görüşler ve Yargıtay Kararları), 1. Bası, İstanbul, 2007, s. 51; Öztürk ve Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, ss.,281-283.

⁷⁵⁴ Özgenç, Genel Hükümler, s. 302, Cumhuriyet Şahin, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005, s. 708; Koca ve Üzülmüş, Genel Hükümler, s. 279, Fatih Selami Mahmutoglu, “5237 s. Türk Ceza Kanununda Hukuka Uygunluk Nedenleri”, Hukuk ve Adalet Dergisi, Sayı: 5, Nisan 2005, s. 51., Hakeri, Genel Hükümler, s. 309, Zeki Hafızogulları, “Kusurluluğu Kaldıran Bir Neden Olarak Ceza Hukukunda İstenemezlik İlkesi (Nichtzumutbarkeit/L’Inesigibilit )”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:57, Sayı:3, 2008, s. 342, <http://kutuphane.dogus.edu.tr/mvt/pdf.php>, (14. 05. 2020).

⁷⁵⁵ Demirbaş, Genel Hükümler, s. 444, Zeynel Temel Kangal, Zorunluluk Durumunun Ceza Sorumluluğuna Etkisi, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, 2006, s. 9 vd.

⁷⁵⁶ Özbek ve diğerleri, Genel Hükümler, ss. 383-384., Özbek ve Doğan, ss. 216-219.

Paralel görüşteki Meraklı'ya göre⁷⁵⁷; TCK m. 25/2'de düzenlenen zorunluluk hali bakımından her ne kadar hukuki değerler ilkesi açık bir şekilde düzenlenmemiş olsa da bütüncül bir şekilde bakıldığında buradaki zorunluluk hali bir hukuka uygunluk sebebidir. Fakat CMK m. 223/3-b gereğince *“kusuru olmadığından ceza verilmesine yer olmadığına karar verilir”* ifadesi karşısında artık kanun hükmünü yorumlamanın bir anlamı kalmayacaktır. Çünkü bu hüküm zorunluluk halinin hukuki niteliğini belirlemiştir. Bununla birlikte yazar hükmün lafzı dikkate alındığında zorunluluk haline ilişkin düzenlemenin gözden geçirilerek bu karmaşaya son verilmesi gerektiği kanaatindedir.

Yargıtay ise zorunluluk halinin kanun hükmünü değil de CMK m. 223/3-b hükmünü dikkate alarak kusurluluğu kaldıran bir hal olduğu kanaatindedir⁷⁵⁸.

Bu tartışma sadece bir kavram tartışması değil aynı zamanda ve daha önemlisi, aşağıda ayrıntılı olarak inceleneceği üzere, kurumun hukuki sonuçlarını etkileyecek bir tartışmadır. Basit bir ayırımla hukuka uygunluk sebebi fiili tamamen suç olmaktan çıkarmak suretiyle failin cezalandırılmasına engel olurken, kusurluluğu etkileyen halin varlığı halinde fiil, hukuka aykırılık vasfını korumakta ancak failin içinde bulunduğu özel durum gerekçesiyle cezalandırılması mümkün olmamaktadır⁷⁵⁹.

Sağlık mesleği mensubu görevini ifa ettiği sırada bir belirti ile karşılaşmasına rağmen zorunluluk halinin bulunması durumunda suçu bildiremeyebilir. Uygulamada çok sık karşılaşılan örnekler üzerinden bu hali değerlendirmek isteriz. Örneğin; Terör örgütü

⁷⁵⁷ Meraklı, ss.383-385.

⁷⁵⁸ YCGK görüşünü şu şekilde ifade etmiştir:

“Yeni sistemde, başlıca dört hukuka uygunluk nedeninden bahsedilmektedir. Bunlar; meşru savunma, hakkın kullanılması, kanunun emrini ifa ve ilgilinin rızasıdır. Hukuka uygunluk nedeninin bulunması, eylemin suç olmasını engelleyeceğinden, bu durumda fail hakkında beraat kararı verilmesi gerekecektir. Buna karşılık, sınırın aşılması bir hukuka uygunluk nedeni değil, 27. maddenin 1. fıkrasındaki durum itibarıyla kusurluluğu azaltan, 27. maddenin 2. fıkrasındaki durum itibarıyla da kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlerden bir tanesidir. Başka bir deyişle, hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın kast olmaksızın aşılması halinde beraat hükmü değil, Yasanın 27/1. maddesine göre indirimli ceza veya Yasanın 27/2. maddesine göre ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmelidir. Bu husus, 5271 sayılı Yasanın 223. maddesinden de açıkça anlaşılmaktadır.

Şu halde, 27. maddenin 1. fıkrasının uygulanabilmesi için; öncelikle bir hukuka uygunluk nedeni söz konusu olmalıdır. Failin, hukuka uygunluk nede-nine ilişkin koşulların sınırlarını kast olmaksızın aşması da ikinci koşuldur. Dolayısıyla, 765 sayılı Yasanın 50. maddesinden farklı olarak sınırın kasten aşılması halinde bu madde uygulanamayacaktır. Yine, 765 sayılı Yasadaki durumdan farklı olarak, 5237 sayılı Yasada hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmemiş olan zorunluluk hali için de bu maddenin uygulanma şansı bulunmamaktadır.” YCGK. E. 2007/1-281 K. 2008/37 T. 26.2.2008, www.kazanci.com.tr, (07.05.2020).

⁷⁵⁹ Özbek ve Doğan, ss. 196-197.

faaliyetlerinin yoğun yaşandığı bir bölgede sağlık mesleği mensubu çalıştığı kurumdaki tek personel ise ve suçu bildirmesi halinde kimliği hemen ifşa olacak ve ağır bir tehdit ile karşılaşacak ise suçu bildirmemesi artık zorunluluk hali kapsamında değerlendirilebilecektir. Çünkü hukuk düzeni bir bireyden açık bir tehlikeyle karşı karşıya olmasına rağmen kendisinden kahramanlık bekleyemez. Aksi bir beklentide olması hukuk devleti ilkesine aykırılık teşkil edecektir. Bu sebeple suçlulukla mücadelenin sağlanabilmesi adına ve bu hükümle hedeflenen amacın gerçekleştirilebilmesi için suçu bildirecek sağlık mesleği mensubu bakımından tanık koruma kanunundaki düzenlemelere benzer koruyucu tedbirler getirilmelidir.

Bir diğer sıkça karşılaşılan sorun üçüncü kişi lehine bir zorunluluk hali ile karşılaşılması durumudur. Özellikle çocuklara yönelik olarak işlenen cinsel suçlarda sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmesi halinde töre veyahut namus saiki ile mağdur küçüğün hayati tehlike altına girmesi söz konusu ise zorunluluk hali gündeme gelebilecektir.

Erbaş'a göre⁷⁶⁰; failin belli olup olmamasına göre bir ayrıma giderek failin belli olduğu hallerde zorunluluk halinin söz konusu olabileceğini failin belli olmadığı durumlarda ise mağdur küçüğün menfaati adına sağlık mesleği mensubunun mutlaka belirtiyile karşılaştığı suçu bildirmesi gerektiği savunmaktadır. Yazar ayrıca TCK m. 278'in üçüncü fıkrasında yer alan *“Mağdurun onbeşyaşını bitirmemiş bir çocuk, bedensel veya ruhsal bakımdan engelli olan ya da hamileliği nedeniyle kendisini savunamayacak durumda bulunan kimse olması halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza, yarı oranında artırılır.”* nitelikli halin bu suç bakımından da öngörülmesinin gerektiği ifade edilmektedir. Sağlık mesleği mensupları çoğu zaman çocuk istismarından ve ihmalinden haberdar olan ilk meslek grubu olduğu için çocuğun üstün yararının sağlanabilmesi adına bu nitelikli hal TCK m. 280'de yer almalıdır.

Bir başka görüş ise⁷⁶¹ failin belli olup olamamasına göre bir ayırım yapmaksızın sağlık mesleği mensubunun suça ilişkin belirtiyi bildirmesi halinde mağdurun öldürülmesi tehlikesi doğacak ise zorunluluk hali kapsamında suçu bildirmeyebilecek ve netice olarak cezalandırılması mümkün olmayacaktır.

⁷⁶⁰ Erbaş, s.174, ss. 140-141.

⁷⁶¹ Tezcan ve diğerleri, s.1278., Karahan, s. 968.

Hızal'a göre⁷⁶²; çocuklara yönelik şiddet ve istismar eylemleri karşısında önceliğin çocuğun güvenliğinin sağlanması olduğu bu sebeple gerekli tedbirler alınana kadar ihbarın geç yapılmasının hukuka uygun kabul edilmesi gerektiği de ifade edilmektedir.

Kanaatimizce son zamanlarda toplumda vicdan yaralayacak boyuta gelen enest vakaları ve giderek artan diğer çocuk istismarı olayları göz önüne alındığında mücadele edebilmek adına sağlık mesleği mensubu artık zorunluluk halini ileri sürerek bildirim yükümlülüğünden kaçınmamalıdır. Aksi bir bakış açısı bu gibi toplumun yarası kabul edilen olayların karanlık alanda kalmasına ve çocuklara yönelik işlenen cinsel suçlarla mücadelenin giderek zorlaşmasına sebep olacaktır. Mağdur küçüğün öldürüleceği korkusuyla sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmemesi mağduriyeti önü alınamaz bir şekilde katlayacak bilakis mağdur küçüğün üstün yararı ayaklar altına alınacaktır. Burada artık mağdur küçük bakımından gerekli koruyucu ve destekleyici tedbirlerin suçun bildirilmesiyle eş zamanlı olarak sağlanması gerekmektedir. Elbette ki suçla mücadele ederken çocuğun üstün menfaati arka planda tutulamaz, görmezden gelinemez.

Nitekim doktrinde⁷⁶³ başka yararların gözetilerek bildirim yükümlülüğüne istisnalar getirilerek hukuki dayanaktan yoksun hukuka uygunluk nedenleri varsayılmasının; başta suçta ve cezada kanunilik ilkesine ve kıyas yasağına aykırı olacağını, ihbar etmeme nedenine ve saikine bakarak suçun oluşup oluşmadığını hakimın takdirine bırakmanın kabul edilemez olduğu savunulmaktadır.

Bir başka görüş ise⁷⁶⁴; töre saiki nedeniyle zarar görme tehlikesi altında olan mağdura bildirim hususunda haber verilmeli ya da adli mercilerin bilgiyi gizleyerek mağduru korumak için gerekli tedbirleri alması gerekmektedir. Aksi bir bakış açısının kabulü mümkün olmayıp sağlık mesleği mensubu varsayımlar ile suçu bildirmek yükümlülüğünden kurtulamayacaktır.

Bir diğer tartışma sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmesi halinde failin ihbar edileceği korkusuyla tedaviden çekinmesi riskidir. Doktrinde bir görüş⁷⁶⁵; failin hayati

⁷⁶² Hızal, “ Türk Ceza Kanununda Sağlık Personelinin İhbar Yükümlülüğü”, s. 143., Hızal, “Türk Ceza Kanunun’daki Düzenlemeler Işığında Psikiyatristlerin İhbar Yükümlülüğü ve Hasta Mahremiyetinin Sınırları”, ss. 594-595.

⁷⁶³ Ünver, (TCK’da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar), s.427.

⁷⁶⁴ Ünver, (TCK’da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar), ss. 413-414.

⁷⁶⁵ Nuhoglu, s.25

tehlike altında bulunması halinde yaşam hakkının tehlikeye atılmaması için sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmemesini üçüncü kişi lehine zorunluluk hali olarak kabul etmektedir.

Bizim de katıldığımız aksi görüş ise⁷⁶⁶; bu örneğin üçüncü kişi lehine zorunluluk hali kapsamında değerlendirilmeyeceğini savunmaktadır. Çünkü sağlık mesleği mensubu suçu bildireceğini faile söylemek zorunda olmayıp söylememesi hastayı aydınlatma yükümlülüğü kapsamında da değerlendirilemeyecektir. Tam tersi hastanın sakıncalı bir durumdan korunması adına adli merciler harekete geçirilmektedir. Aksi bakış açısıyla hareket edilirse her daim üçüncü kişi lehine zorunluluk hali gerekçe gösterilecek ve hüküm uygulanamaz hale gelecektir. Kaldı ki sağlık mesleği mensubu tedaviyi uyguladıktan sonra yine bildirim yükümlülüğü devam edecektir.

Başka bir üçüncü kişi lehine zorunluluk hali tartışması ise evlilik dışı on haftadan fazla gebeliklerde ilkel yöntemlerle çocuğun düşürüldüğü belirtisiyle karşılaşan sağlık mesleği mensubunun failin eşine haber vermesi halinde failin şiddete maruz kalacağını söylemesi durumudur.

TCK m. 100 hükmü “*Gebelik süresi on haftadan fazla olan kadının çocuğunu isteyerek düşürmesi halinde, bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur*” diyerek açık bir şekilde on haftadan sonra isteğe bağlı gebe kadının çocuğunu düşürmesini suç olarak düzenlemiştir. Kaldı ki çocuğun düşürülmesi için fail tek başına hareket etmiş olmayabilir.

Uygulamada yetkisiz kişiler tarafından gerçekleştirilen kürtaj eylemlerine sıkça rastlanmaktadır. TCK m. 99’un ikinci fıkrasında “*Tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde, rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunu düşürten kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu durumda, çocuğunun düşürülmesine rıza gösteren kadın hakkında bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur*” denerek uygulamada sıkça karşılaşılan yetkisiz kişiler tarafından yapılan kürtaj eylemi cezalandırılmaktadır. Hal böyle iken suçun zorunluluk hali kapsamında bildirilmemesi halinde gebeliği sona erdiren dışındaki kişiler ceza yaptırımından kurtulmuş olacaktır.

⁷⁶⁶ Ünver, (TCK’da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar), s. 425.

Çocuk düşürtme suçları ile korunan öncelikli yarar ceninin gelecekteki yaşam hakkıdır. Bununla birlikte kadının sağlığı da⁷⁶⁷ korunmaktadır. Çünkü bu tür fiillerden doğrudan doğruya kadının kendisi etkilenmekte ve sağlık bakımından rahatsızlık veya acı verici müdahaleler onun vücudu üzerinde gerçekleşmektedir. Bunun dışında ulusun, ırkın ya da toplumun varlığını sürdürme hakkı⁷⁶⁸, aileye ait bir varlığın⁷⁶⁹ var olma hakkı, genel ahlak ve devletin nüfus politikasının⁷⁷⁰ da korunduğu söylenebilir.

Bizim de katıldığımız aksi yöndeki görüşe göre ise⁷⁷¹; çocuk düşürtme suçları bakımından belirli koşullarda ihbar yükümlülüğü getirilmelidir. Suçun hem faili hem de mağduru konumundaki kadının korunması ihmal edilmemelidir. Çünkü burada artık bir yükümlülüklerin çatışması hali söz konusu olacak olup hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesi gerekecektir. Burada kadının ihbardan sonra eyleminin duyulması korkusu yaşaması ve tehlike altında olması halinde öncelikle gerekli tedbirleri alacak kuruluşlarla iletişime geçmeli, tedbirler alındıktan sonra suçun ihbarı gerçekleştirilmelidir.

Bir başka örnekte ise sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmesi gerekirken acil müdahalede bulunması gereken bir hastanın gelmesi halinde suçu bildirememesi ve bu zaman zarfında kolluğun suçtan haberdar olması halidir.

Kural olarak Anayasa m.18/1 ve m. 49/1 gereğince hiç kimse zorla çalıştırılmaz. Bu sebeple sağlık mesleği mensubu tedaviyi uygulamak hususunda serbesttir. Fakat Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 3. ve 18. maddeleri⁷⁷² bu kurala istisna

⁷⁶⁷ Sulhi Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 16. bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2001, s. 200. Aynı yönde; Tuğrul Katoğlu, “Ceza Hukuku Bakımından Çoğul Gebeliklerin Kısmi Sonlandırılması”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof.Dr. Erden Kuntalp’e Armağan, Sayı:2, 2004, s. 280. , http://repository.bilkent.edu.tr/bitstream/handle/11693/50613/Ceza_hukuku_bak%C4%B1m%C4%B1ndan_%C3%A7o%C4%9Ful_gebeliklerin_k%C4%B1smi_sonland%C4%B1r%C4%B1lmas%C4%B1.pdf?sequence=1&isAllowed=y, (07.05.2020)., Yazar ayrıca, kadının cinsel özgürlüğü ve ailevi ahlakın da çocuk düşürtme suçu bakımından korunan hukuki yararlar olduğunu belirtmektedir.

⁷⁶⁸ Dönmezer, s. 197 vd, Sahir Erman ve Çetin Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Dünya Yayınevi, İstanbul, 1994, s. 187 vd.

⁷⁶⁹ Ailevi varlıkların, “*evlilik birliğine ait varlıklar*” ve “*parantel birliğe ait varlıklar*” olarak ikiye ayrılması ve parantel birliğe ait varlıkların da; ailevi ahlak, ailevi durum, aile şerefi ve aile yardımından oluştuğu ve bu şekilde aslında anne ve baba arasındaki bir ilişkinin semeresinin korunmasının söz konusu olduğu hususunda bkz. Nevzat Toroslu, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970, s. 339 vd.

⁷⁷⁰ Erdener Yurtcan, Türk Hukukunda Kürtaj ve Uygulanması, Beta Yayınevi, İstanbul, 1985, s.43 vd.

⁷⁷¹ Hızal, “Türk Ceza Kanununda Sağlık Personelinin İhbar Yükümlülüğü”, ss. 142-143.

⁷⁷² “MADDE 3 - Tabip, vazifesi ve ihtisası ne olursa olsun, gerekli bakımın sağlamadığı âcil vakalarda, mücbir sebep olmadıkça, ilk yardımda bulunur.”

niteliğindedir. 3. madde gereği acil vakalarda zorunlu haller dışında hekim müdahale etmek yükümlülüğü altındadır. Yine 18. madde gereğince hekim ve diş hekimi acil yardım ve resmi veya insani vazife sebebiyle müdahale etmek zorundadır. Kaldı ki sağlık mesleği mensubu TCK m. 98/1⁷⁷³ kapsamında da yine yardım etmek yükümlülüğü altındadır. Burada sağlık mesleği mensubu bir bireyin yaşam hakkı ile devletin adli düzeni arasında bırakılmış ve yaşam hakkını korumayı tercih etmiştir. Bu sebeple burada zorunluluk halinin mevcut olduğu kabul edilmelidir. Bu sebeple hekimin öncelikli müdahalesi neticesinde suçu açıklamakta gecikmesi TCK m. 280'i oluşmayacaktır⁷⁷⁴.

Yine acil serviste çalışan bir sağlık mesleği mensubunun aşırı yoğunluk sebebiyle bildirim konusunda gecikme göstererek ihmali harekette bulunması halinde artık kastının varlığından söz edilemeyecek ve zorunluluk hali kapsamında değerlendirilecektir.

Yukarıda detaylı bir şekilde üzerinde durduğumuz aile içi şiddet olgusu da burada zorunluluk hali olarak kabul edilebilecektir. Çünkü ihbar halinde mağdurun daha ağır bir şiddet hali ile karşılaşması riski karşısında öncelikle güvenliğin sağlanmasına ilişkin tedbirler alınacak ardından suç bildirimini söz konusu olacaktır. Bu süreç içerisinde bildirimin gecikmesi hukuka uygun kabul edilecektir⁷⁷⁵.

(2). Cebir ve Şiddet, Korkutma ve Tehdit

TCK m. 28'de *“Cebir ve şiddet, korkutma ve tehdit”* başlığı altında *“Karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu suç işleyen kimseye ceza verilmez. Bu gibi hallerde cebir*

“MADDE 18 - Tabip ve diş tabibi, âcil yardım, resmî veya insani vazifenin ifası halleri hariç olmak üzere, mesleki veya şahsi sebeplerle hastaya bakmayı reddedebilir.”

⁷⁷³ *“Madde 98- (1) Yaşı, hastalığı veya yaralanması dolayısıyla ya da başka herhangi bir nedenle kendini idare edemeyecek durumda olan kimseye hal ve koşulların elverdiği ölçüde yardım etmeyen ya da durumu derhal ilgili makamlara bildirmeyen kişi, bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. (2) Yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi dolayısıyla kişinin ölmesi durumunda, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.”*

⁷⁷⁴ Zafer, Sağlık Mesleği, s. 1343., Kocasakal, s. 216. Giyik, s. 202., Karahan, s. 968., Erbaş, s. 174.

⁷⁷⁵ Hızal, “Türk Ceza Kanununda Sağlık Personelinin İhbar Yükümlülüğü”, ss. 143-144., Kolcu, ss. 199-200.

ve şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişi suçun faili sayılır.” şeklinde cebir-şiddet-korkutma-tehdit mazeret sebebi olarak kabul edilmiştir⁷⁷⁶.

Burada kanaatimizce cebir ve tehdit denmesi yeterli olacaktı. Çünkü cebir şiddeti, tehdit te korkutmayı kapsayan kavramlardır⁷⁷⁷. Hükümde cebir ve tehdit ile ilgili herhangi bir tanım bulunmamaktadır. Burada cebir kavramından anlamamız gereken failin “karşı konulamayan veyahut durdurulamayan maddi bir kuvvet altında kimsenin suç işlemek zorunluluğu altında kalması”dır⁷⁷⁸.

Tehdit kavramı ise TCK m.106’dan yola çıkarak “bir kişiye kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğine ilişkin irade açıklaması” şeklinde tanımlanabilir. Kişi bu tehdit karşısında aynı cebirde olduğu gibi suç işlemek mecburiyeti altında hissetmektedir. Unutulmamalıdır ki gerek cebir gerek tehditin mazeret sebebi olarak kabul edilebilmesi için cebir bakımından karşı konulamayacak ve kurtulamayacak düzeyde olması; tehdit bakımından ise muhakkak ve ağır olması aranmaktadır.

Ayrıca cebir veya tehditin yöneldiği hukuki değer ile cebir veya tehdit altında ihlal edilen hukuki değer arasında bir orantı bulunması gerekmektedir. Şöyle ki; cebir veya tehdit altında ihlal edilen hukuki değer cebir veya tehditin yöneldiği hukuki değerden üstün veya en azından aynı düzeyde olması gerekmektedir⁷⁷⁹. Burada sağlık mesleği mensupları bakımından uygulamada maalesef çok sık yaşanan şiddet olayları örnek verilebilir. Örneğin; hekimin küçüğe uyguladığı tedavi esnasında istismara uğradığını fark etmesi ve aile yakınlarının hekimi acil serviste darp ederek ve ailesinin can güvenliği ile tehdit ederek suçu bildirmemeye zorlaması hali örnek verilebilecektir.

Tüm bu yapılan açıklamalar doğrultusunda sağlık mesleği mensubunun cebir veya tehdit sebebiyle iradesinin etkilenecek suçu bildirmesi hususunda ihmale

⁷⁷⁶ Adem Sözüer, “Türk Ceza Kanunu’nda Öngörülen Mazeret Sebeplerine İlişkin Soru ve Cevaplar”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:18, Sayı:2, 2014, ss.232-233. , <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ahbvuhfd/issue/48103/608287>, (07.05.2020).

⁷⁷⁷ Yine yazarlar kanun koyucunun cebirden sonra şiddet ve tehditten önce korkutma kavramlarına yer vererek kanun koyucunun kavramların anlamlarını güçlendirmek istediğini belirtmektedirler. Özbek ve diğerleri, Genel Hükümler, s. 409.

⁷⁷⁸ Can Canpolat, Kusur İlkesi ışığında Mazeret Nedeni Olarak Zorlayıcı Cebir, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s.5 vd.

⁷⁷⁹ Sözüer, s.223.

zorlanması neticesinde artık kusuru olmadığı kabul edileceğinden cezalandırılması mümkün olmayacaktır⁷⁸⁰. Artık bu halde sağlık mesleği mensubu hakkında CMK m. 223/3-b kapsamında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecektir.

Yine doktrinde⁷⁸¹; işkence ve eziyet olaylarında sağlık mesleği mensupları aslında adli darp raporları düzenleyerek ihbar yükümlülüğünü yerine getirmiş olurlar. Fakat sağlık mesleği mensubunun ağır tehdit veya cebir altında olması halinde raporu düzenleyememesi veyahut gerçeği yansıtır şekilde düzenlememesi hukuka uygun bir eylem olarak kabul edilmelidir.

b. Hata

Hata kelime olarak “İstemeyerek ve bilmeyerek yapılan yanlış, kusur, yanlışla, yanlışlı” anlamına gelmektedir⁷⁸². Kelime anlamından yola çıkarak kişinin istemeden bir yanlışlığa düşmesi halinde hata söz konusu olacaktır.

TCK m. 30/1 “Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır.” hükmü ile suçun maddi unsurlarında düşülen hata ifade edilmiştir. Bu fıkranın uygulanabilmesi için suçun unsurları olan fail, mağdur, hukuki konu, fiil veya nedensellik bağında hataya düşülmüş olması gerekmektedir.

Suçun hukuki konusunda düşülebilecek hata kişi ya da eşya üzerinde olabilecektir. Fakat ifade etmek gerekir ki eşit değere sahip olan nesneler arasında hataya düşülmesi mümkün olmayacaktır. Çünkü bu fıkra kapsamına nitelendirmede düşülen hatalar girmez. Nesnelerin eşit değerde olmaması halinde bu fıkra uygulanabilir hale gelir. Bu fıkra bakımından önemli olan netice failin kastını ortadan kaldırmakla birlikte kanunda açıkça o suç bakımından taksirli sorumluluk düzenlenmiş ise failin taksirli sorumluluğu devam edecektir. Bu fıkroda diğer fıkralardan farklı olarak hatanın “kaçınılabılır” olması aranmamaktadır⁷⁸³.

Bu açıklamalar doğrultusunda TCK m. 280 bakımından; sağlık meleği mensubu belirtinin suç oluşturmadığını sanması, belirtinin suçla ilgili olduğunu tespit

⁷⁸⁰ Zafer, Sağlık Mesleği, s. 1347, Kocasakal, s. 216.

⁷⁸¹ Hızal, “ Türk Ceza Kanununda Sağlık Personelinin İhbar Yükümlülüğü”, s. 144.

⁷⁸² <https://sozluk.gov.tr/>

⁷⁸³ Özbek ve diğerleri, Genel Hükümler, ss. 418-422.

edememesi, suçun henüz işlenmediğini gelecekte işleneceğini düşünmesi, bildirim yükümlülüğünün zamanı konusunda yanılması⁷⁸⁴, bildirimin hangi merciye yapılacağı, belirtinin var olup olmadığı hususunda yanılma gibi hallerde suçun maddi unsurlarında hata hükümleri gündeme gelecektir. Özellikle sağlık mesleği mensubu suçun oluşup oluşmadığı noktasındaki takdir yetkisini mesleki bilgi ve tecrübesine göre kullanacaktır. Bu sebeptir ki kendisinden bir hukukçu gibi suç tespiti yapması beklenemez⁷⁸⁵. Örneğin; müdahale esnasında futbol esnasında yanlış bir hareket neticesi kırığın oluştuğunun söylenmesi karşısında hekimin beyanla muayenenin örtüşmesi neticesinde buna inanması darp eseri olmasına rağmen suçu bildirmemesi hali örnek verilebilir⁷⁸⁶.

Doktrinde bazı yazalar tarafından⁷⁸⁷; failin belirti konusunda veyahut bildirimin yapılacağı yetkili merci konusunda hataya düşmesi TCK m. 30/4 kapsamında değerlendirilmektedir. Gerekçe ise burada artık suçun unsurlarında değil de ön şartlarında hataya düşülmüş olmasıdır. Suçun ön şartları suçun unsurlarından farklı olarak isteme unsurunu gerektirmemektedir. Burada failin suçun ön şartlarını bilip bilmemesi yalnızca önem arz etmektedir. Artık bu durumda failin kastı ortadan kalkmayacağı için yine de suç oluşacaktır.

Bir başka görüşe göre⁷⁸⁸; failin suçun fiili koşullarında yanılması demek ceza normunun uygulanmasını sağlayan fiili koşulların varlığında yanılma anlamı taşımaktadır. Haksızlık yanılığı ise; ceza hukuku normunun varlığında veya yorumlanmasında yaşanan yanılığdır⁷⁸⁹. Bu sebeple burada artık hukuki değil fiili bir hata söz konusudur. Bu durumda artık suçun manevi unsuru yok olduğundan kusurluluğu kaldıran bir hal söz konusudur.

⁷⁸⁴ Erdem, “Suçu Bildirmeme Suçu”, s. 117., Doktrinde failin halen zamanı olduğunu düşünerek geç bildirimde bulunması fiili hata olarak nitelendirilmektedir. Hafizoğulları ve Özen, s.189; Yaşar ve diğerleri, s.8045.

⁷⁸⁵ Zafer, Sağlık Mesleği, s. 1341., Donay, Meslek Sırrı, s. 126.

⁷⁸⁶ Koca ve Üzülmüş, s.993.

⁷⁸⁷ Nuhoglu, s. 25., Zafer, Sağlık Mesleği, s. 1344., Kolcu, s. 194., İplikçi, ss.108-109., Bulut, s. 91., Tezcan ve diğerleri, s. 1277.

⁷⁸⁸ Kocasakal, s. 213 ve 206. Giyik, s. 201., Karahan, s. 963., Hızal, “ Türk Ceza Kanununda Sağlık Personelinin İhbar Yükümlülüğü”, s. 139., Kolcu, ss. 198-199., Yağlıdere, s. 71., Özgüç, s. 1024., Erbaş, s.155, 177, Hakan Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suç Çeşitleri, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003, s.255-257, Adem Sözüer “Hukuki Hata”, Yargıtay Dergisi, Ankara, 1995, Cilt:21 , Sayı:4, ss. 466-467.

⁷⁸⁹ Donay, Meslek Sırrı, s. 108.

Doktrinde bir diğer görüş ise⁷⁹⁰; failin bilgi yetersizliğinden ötürü suçun ön şartlarında yanılması, yetkili olduğunu düşünmesine rağmen yetkisiz makama suç bildirmesi, geç bildirmesi halinde sakınca olmadığını sanması, bildirim yükümlülüğünün kendisinde değil de bir başka kamu görevlisinde olduğunu sanıp hataya düştüğü hallerde artık fiili hata söz konusudur. Bu sebeple failin kastından söz edilemeyecektir.

Kanaatimizce her ne kadar doktrinde bazı yazarlar “suçun ön şartları” gibi bir kavrama yer vererek hata hükmünü buna göre uygulasa da bu görüş isabetsizdir. Çünkü burada ön şart olarak ifade edilen hususlar aslında suçun tipe uygunluğunu belirleyen suçun unsurlarıdır. Bu unsurlar genellikle faile ya da mağdura ilişkin unsurlardır. Bu unsurlar failin fiilinden önce mevcut olup bu unsurlara dair failin herhangi bir iradesi aranmamaktadır. Failin bu unsurları bilmesi yeterli olup ayrıca istemesi aranmayacaktır. Örneğin; failin kamu görevlisine karşı işlediği bir suçta onun mesleğini biliyor olması yeterlidir. Bu nedenle “ön şart” olarak ifade edilen bu kıstaslar sübjektif ve yapay kıstaslardır. Hal böyle iken sağlık mesleği mensubunun yetkili mercide veyahut zaman gibi unsurlarda yanılması suçun maddi unsurlarında hata olarak kabul edilecektir⁷⁹¹.

Netice olarak yukarıda verilen örneklerde sağlık mesleği mensubunun suçun maddi unsurlarında hataya düşmesi bakımından TCK m. 30’un birinci fıkrası gereğince kastı ortadan kalkacaktır⁷⁹². Taksirle sorumluluk bu suç tipi bakımından

⁷⁹⁰ Hafizoğulları ve Acar, Suçu Bildirmeme Suçları, s. 195.

⁷⁹¹ Özbek ve diğerleri, Genel Hükümler, ss. 436-437.

⁷⁹² Üzülmöz, Sağlık Mesleği, s.838., Erbaş, s. 155.

““Sanık hakkında Milas Cumhuriyet Başsavcılığı’nın 26.11.2008 tarih ve 2008/2746 esas sayılı iddianamesi ile Doktor H.A.Ö’nün aynı hastanede hasta kabul sorumlusu olarak çalışan ve hasta tanıtım kartlarını düzenleyen D.K’dan M.K’ya ait hasta tanıtım kartı üzerine hastanın gerçek doğum tarihi olan 01.09.1993 yerine 01.09.1990 tarihinin yazılmasını istediği, bunun üzerine D.K’nin M.K. adına düzenlediği hasta tanıtım kartı üzerine hastanın tüm bilgilerini (TC. No’su da dahil olmak üzere) doğru olarak yazdığı; fakat doğum tarihi olarak 01.09.1990 olarak yazdığı ve bilgisayar kayıtlarına da bu şekilde giriş yaptığı, M.K’nın bu hasta tanıtım kartı ile 15.11.2007, 14.12.2007, 11.02.2008, 29.04.2008 ve 07.06.2008 tarihlerinde Milas İzan Özel Sağlık Hastanesi’ne gelerek; Dr. H.A.Ö’ye gerekli kontrollerini yaptırdığı, 15.11.2007 ve 14.12.2007 tarihlerinde yapılan kontroller sonucu düzenlenen “Ayaktan Muayene Form”larında M.K’nın doğum tarihi 01.09.1990 yazılı olduğu halde 11.02.2008, 29.04.2008 ve 07.06.2008 tarihli “Ayaktan Muayene Form”larında hastanın doğum tarihinin 01.09.1993 olarak ve doğru bir şekilde yazıldığı, böylece şüphelilerin savunmalarına itibar edilse dahi en geç 11.02.2008 tarihinde hastanın gerçek yaşını öğrendikleri ve durumu en kısa zamanda adli makamlara bildirmeleri gerekirken bildirmemeleri” iddiasıyla suçu bildirmeme ve özel belgede sahtecilik suçlarından açılan kamu davasında; sanığın savunmalarında suçlamaları kabul etmediğini, hastasının 18 yaşından küçük olduğunu bilmediğini, görünüm itibarıyla da küçük olduğunu

mümkün olmadığı için bu hata halinde taksirle dahi sorumluluk mümkün olmayacaktır. Artık bu durumda Ceza Muhakemeleri Kanununun 223. maddesinin ikinci fıkrasının c bendi gereğince fail hakkında beraat kararı verilmesi gerekecektir.

Nitekim Yargıtay⁷⁹³ yukarıda açıklanan hususları dikkatte alarak birçok kararında sağlık mesleği mensubunun “*sanığın görevi sırasında bir suçun işlendiği*

anlamadığını, doğum yaptırdığı esnada gerçek yaşını öğrendiğini, hastatanıtım kartına doğum tarihini farklı olarak kimin yazdığını bilmediğini beyan etmesi ve temyiz dışı sanık D.K'nın savunmalarında, doktorun hasta tanıtım kartlarının düzenlenmesine yönelik herhangi bir talimat vermediğini, önce kayıt yapıp muayene ücreti alındıktan sonra doktorla görüşüldüğünü, bu aşamadan önce doktorun hastayı görmesinin mümkün olmadığını, kendilerinin kimlik görerek kayıt yaptıklarını ancak kimliği yok ise hastanın beyanına göre kayıt yaptıklarını beyan etmesi ve M.K'nın mahkeme aşamasında alınan ifadesinde sanığın kendisine kimliği konusunda herhangi bir şey sormadığı şeklindeki ifadesi birlikte değerlendirildiğinde, sanık M.K'nın gerçekte 1993 doğumlu olduğunu bildiğine ve buna bağlı olarak suç işleme kastı ile hareket ettiğine dair mahkumiyetine yeterli her türlü şüpheden uzak kesin ve inandırıcı delil elde edilemediğinden suçtan beraatine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi, 5320 sayılı Yasanın 8/1. maddesi gereğince uygulanması gereken 1412 sayılı CMUK'nın 321. maddesi uyarınca bozmayı gerektirmiştir”. Yrg. 11. C.D. 13.11.2018 tarih ve 13383/9025 Karar, Karar için bakınız: Koç, ss. 88-89.

⁷⁹³ “...Yenice ilçesinde evinin balkonundan düşmesi sonucu yaralanması nedeniyle Edremit Devlet Hastanesi acil servisine adli vaka olarak girişi yapıp daha sonra Nöroloji bölümüne Dr. N. F.'in hastası olarak yatırılan ve sanığın nöbetçi hekim olarak görev yaptığı gün ölen R.. İ.'in ölüm nedeninin adli vaka olduğunu bilebilecek durumda olmayıp sınırlı bilgi ile ölüm belgesini düzenlediğinin tüm dosya kapsamından anlaşılması karşısında sanığın görevi sırasında bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaştığı ve buna rağmen durumu yetkili makamlara bildirmedeği yönünde mahkumiyetine yeterli her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil elde edilemediği gözetilmeden, beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi, Kanuna aykırı, sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükmün bu sebepten dolayı BOZULMASINA...”, Yrg. 9. Cd., 20.01.2014 Tarih ve 2013/11235 E., 2014/745 K.,

“Katılandaki yaralanmanın mahiyetinin dosya içinde bulunan epikriz formuyla uyumlu olması katılanın hastaneye müracaat ettiğinde kendi kendisini yaraladığına dair anlatımı karşısında başkaları tarafından taksirle yaralanmış olabileceğinden şüphelenmediğine ilişkin sanığın savunmasının aksine görevi sırasında bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaştığı ve buna rağmen durumu yetkili makamlara bildirmedeği yönünde yüklenen suçtan mahkumiyetine yeterli her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil elde edilemediği gözetilmeden, beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi, Kanuna aykırı, sanığın temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan, hükmün bu sebepten dolayı BOZULMASINA...”, Yrg. 9. Cd. 29.05.2014 Tarih ve 2013/16509 E., 2014/6524 K.,

“...trafik kazası sonucu hastaneye kaldırılan ve iki gün süresince hastanede tedavi görmesine rağmen hayatını kaybeden Ferhat Pak ile ilgili olarak suçu yetkili makamlara bildirmeden ölüm belgesi ve defin ruhsatı düzenlemek suretiyle sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmemesi suçunu işlediği anlaşılan sanığın mahkumiyeti yerine, yasal ve yeterli olmayan gerekçeyle yazılı biçimde beraat kararı verilmesi, Yasaya aykırı, Cumhuriyet Savcısının temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan hükmün bu sebepten dolayı 5320 sayılı Yasanın 8/1. maddesi gereğince uygulanması gereken 1412 sayılı CMUK'nun 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA...” , Yrg. 8. Cd. 25.09.2017 Tarih ve 2017/8520 E. , 2017/10257 K.,

“Mahkemece kanıtlar değerlendirilip gerekirci nedenleri açıklanmak suretiyle verilen beraat kararı, sanıklar ... ve ...'ın silahlı çatışma sonrası yaralanan arkadaşları sanık ...'ı yetkili makamları durumdan haberdar etmeksizin tedavi ettirebilmek amacıyla beraat eden sanık ... aracılığıyla suç tarihinde ... Büyükşehir Belediyesi ... Hastanesinde hemşire olarak çalışan sanık ... ile irtibat kurdukları, her ne kadar sanık ...'ın yaralama olayının yetkili makamlara bildirilmeyeceği hususunda kendilerine güvence verdiği anlaşılmış ise de; sanığın bu hususu yaralının hastaneye gelmesini sağlamak amacıyla beyan ettiğini savunduğu, dosya içeriğinde mevcut bilgilere göre ...'ın tedavisi esnasında olayın hastane

yönünde bir belirti ile karşılaştığı ve buna rağmen durumu yetkili makamlara bildirmediği yönünde mahkumiyetine yeterli her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil elde edilemediği gözetilmeden, beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi” ni bozma sebebi olarak kabul etmiştir.

TCK m. 30/2’de suçun nitelikli unsurlarında düşülen hata düzenlenmiştir. Bu suç tipi bakımından kanunda herhangi bir nitelikli hal düzenlemesi bulunmadığı için uygulama yeri bulamayacaktır.

TCK m. 30/3 “Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.” demek suretiyle ceza sorumluluğunu kaldıran ya da azaltan nedenlerin koşullarının varlığında düşülen hatayı ifade etmektedir. Hükme baktığımızda ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler ifadesini kullanırken hukuka uygunluk nedenlerini de kapsayıp kapsamadığı anlaşılmamaktadır.

Nitekim doktrinde “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler” başlığıyla Birinci Kitap İkinci Kısım İkinci Bölüm’de hem hukuka uygunluk nedenleri hem de kusurluluğu kaldıran ya da etkileyen hallere yer verilmesi bu karmaşayı doğurduğu için eleştirilmektedir⁷⁹⁴. Bu görüşe göre; hukuka uygunluk nedenleri ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran bir neden olmayıp fiili suç olmaktan çıkarmaktadır. Ceza sorumluluğunu kaldıran bir halde ise eylem halen suç niteliğindedir. Nitekim CMK m. 223’te ceza sorumluluğunu kaldıran bir hal mevcut ise ceza verilmesine yer olmadığı kararının verilmesi gerekmektedir. Bu görüş hükmün gerekçesinden⁷⁹⁵ yola çıkarak bu fıkra ile hukuka uygunluk nedenlerinin de hüküm kapsamında değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir.

polisine intikal ettiği, hastane polisince dosyada mevcut 02.04.2006 tarihli tutanağın düzenlendiği, ...'ın isminin ... olarak kayıtlara geçirilmesi eyleminden ve sanık ...'ın bir silahlı çatışma olayında yaralandığı hususundan sanık ...'ın haberdar bulunduğu dair delil bulunmadığı cihetle usul ve yasaya uygun bulunduğundan, Cumhuriyet Savcısının suçun sübutuna yönelik yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle hükmün ONANMASINA...”, Yrg. 8. Cd. 08.01.2014 Tarih ve 2013/10733 E., 2014/238 K., <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (07.04.2020).

⁷⁹⁴ Özbek ve diğerleri, Genel Hükümler, s. 424.

⁷⁹⁵ Hükmün gerekçesinde ise konu “Hükûmet Tasarısının 23. maddesinin 3. fıkra veya bendinde düzenlenen "hukuka uygunluk nedenlerinde hata" ile ilgili hüküm, bölüm başlığına paralel olarak değiştirilmiştir. Madde metnindeki "hukuka uygunluk nedenleri" yerine, "ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler" ibaresi konulmuştur”.

Burada öncelikle hukuka uygunluk bakımından; hukuka uygunluğun sebebinde veyahut koşullarında hataya düşme durumu gündeme gelecektir. Fail ya mevcut bir hukuka uygunluk sebebinin varlığından haberdar değildir ya da mevcut olmamasına rağmen hukuka uygunluk sebebi varmış gibi hareket edebilir ya da hukuka uygunluk sebebi bulunmaktadır fakat sebepleri konusunda hataya düşülebilecektir. İlk durum 3. fıkra kapsamında değerlendirilecektir⁷⁹⁶.

Bu gibi hallere yukarıda değindiğimiz örnekte sağlık mesleği mensubunun suçu bildirdiği takdirde töre saiki veyahut namus saiki ile mağdur küçüğün öldürüleceği hususunda hataya düşmüş olması, tehditin bir başkasına yönelmesine rağmen kendisine yöneldiğini sanması veya tehdit olmayan bir fiili tehdit olarak algılaması gibi haller örnek verilebilecektir⁷⁹⁷. Veyahut sağlık mesleği mensubunun müdahale etmesi gereken kişiyi tanıklıktan çekinebilecek yakınlarından biri sanarak işlediği suçu bildirmemesi halinde artık bu hata kaçınılmaz ise hatasından yararlanacaktır⁷⁹⁸.

Burada önem arz eden durum olayda herhangi bir hukuka uygunluk nedeni olmamasına rağmen failin var olduğunu sanıp hataya düşmesi halidir. Burada artık 3. fıkra değil de birazdan açıklayacağımız 4. fıkra olan “*yasaklılık yanılması*” gündeme gelecektir. Bu fıkra bakımından failin “*kaçınılamaz*” bir hataya düşmüş olması aranmaktadır. Kaçınılabilirlik kavramı çok net bir anlam taşımasa da burada anlamamız gereken bir başka kimsenin özenli davranması halinde hataya düşmeyeceği sonucuna varılabiliyorsa artık o hatanın kaçınılabilir bir hata olduğu söylenebilir.

Doktrinde⁷⁹⁹ kaçınılabilirlik kavramının taksirle ilişkili olduğu ve bu nedenle özen yükümlülüğü ile ilişkilendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bizim de katıldığımız bu görüş neticesinde fail kaçınılabilir bir hata düşmüş ise kastını ortadan kaldıracak fakat taksirli sorumluluğu devam edecektir. Bir başka deyimle taksirin özünde yanılma bulunup, failin yanılışı taksiri ortadan kaldıramayacaktır.

⁷⁹⁶ Özbek, ve diğerleri, Genel Hükümler, ss. 425-426.

⁷⁹⁷ Erbaş, s. 176.

⁷⁹⁸ Koca ve Üzülmüş, s.994.

⁷⁹⁹ Özbek ve diğerleri, Genel Hükümler, ss. 426-428., Hakeri, Genel Hükümler, ss. 453,454, ss.467-468.

Fakat ifade etmek gerekir ki kanun hükmünden yola çıkılacak yeterince bir açıklık bulunmaması sebebiyle (1. ve 2. fıkra da olduğu gibi) hatanın kaçınılabilir olması failin taksirle hareket ettiği anlamını taşımayacağı için burada netice olarak faile işlediği suçun cezası verilecek olup cezanın alt sınırdan belirlenmesinde ya da TCK m. 61 kapsamında takdiri indirim sebeplerinin uygulanmasında bu hükmün dikkate alınması olacaktır. Eğer hata kaçınılamaz ise zaten failin kusurluluğunu ortadan kaldıracaktır.

TCK m.30'un 4. fıkrasında ise *“İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz.”* denerek işlenen fiilin haksızlık oluşturduğu konusunda düşülen hata ifade edilmektedir. *“Emir Hatası/Yasak Hatası”* olarak ta ifade edilen bu hata halinde; fail işlediği fiili bilerek ve isteyerek işliyor fakat işlediği fiilin hukuka aykırı olduğunun bilincinde olmayıp hukuki normun varlığında veyahut yorumunda hataya düşmektedir⁸⁰⁰. Bir başka deyimle fail işlediği fiilin yasak olmadığı bilinci ile hareket edip fiilin meşru olduğunu sanmaktadır. Bu nedenle failin hukuka aykırı hareket etme bilinci bulunmamaktadır.

Burada önem arz eden ilk husus TCK m.4 *“Ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz.”* hükmü ile haksızlık yanılığı arasındaki ilişkidir. *“Olumsuz hukuki hata”* olarak ta nitelendirilen; failin kanunda suç olarak tanımlanmış bir fiili suç olmadığı inancıyla işlemesi söz konusudur. TCK m.4 gereğince failin kanunu bilmemesi ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır. Kanun koyucu bu hükmün uygulamadaki olumsuz etkilerini yumuşatmak amacıyla TCK m. 30/4'te haksızlık yanılığında yer vermiş ve *“bilmeme”* unsurunun kusur ilkesi çerçevesinde değerlendirilmesini sağlamıştır⁸⁰¹.

TCK m.4 karşısında TCK m. 30/4'ün uygulanabilmesi için öncelikle failin haksızlık bilincinin bulunması gerekmektedir. Burada failin davranışının haksız olduğunu bilmesi yeterlidir. Ayrıca fiile ilişkin hukuk normunun bağlayıcı olup olmadığından şüphe etmesi bir önem arz etmemektedir. Bu nedenle failin inancı veyahut vicdani kanaatiyle hareket edip fiili kendince hukuka uygun kabul etmesi

⁸⁰⁰ Sesim Soyer Güleç, “Türk Ceza Kanununda Haksızlık Yanılığı (m. 30/4)”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 10, Sayı 1, 2008, s.61.

⁸⁰¹ Yazar ayrıca TCK m. 30/4 hükmünün getirilişinin ardından TCK m. 4'ün varlığının anlamsızlaştığını ifade etmektedir. Güleç, ss. 64-66, s.71.

halinde m. 30/4 uygulama alanı bulamayacaktır⁸⁰². Bir diğer koşul hatanın kaçınılmaz olması gerekmektedir. Burada kaçınılabilirliği tespit ederken failin sosyal konumunu, kişisel yeteneklerini, mevcut bilgisini kullanmasını ondan ne kadar beklenebileceğini, hukuksal ve ahlaki değerlerini dikkate almamız gerekecektir⁸⁰³. Fail “*kendi hareketinin ortak yargıya göre anti sosyal bir karakter taşıdığını bilmeli ise bireysel inançları mazur görülemez ve kanunu bilmediğini ileri süremez*”⁸⁰⁴. Sonuç olarak ifade etmek gerekir ki bu koşulların bulunması halinde failin fiili birinci fıkradan farklı olarak failin kastını ortadan kaldırmayacak olup yalnızca kusurluluğunu ortadan kaldıracaktır.

Bu açıklamalar doğrultusunda çalışma konumuz suç bakımından haksızlık yanılıgına örnek olarak; sağlık mesleği mensubu somut olayda çok açık bir şekilde suç işlendiğini gösteren bir belirti ile karşılaşmasına rağmen bildirim yükümlülüğü olmadığını düşünmesi halinde kanaatimizce haksızlık yanılığı hükümlerinden yararlandırılmaması gerekir. Çünkü kanunda açık bir şekilde kanunu bilmemek mazeret sebebi olarak kabul edilmemektedir.

Doktrinde bir görüş⁸⁰⁵ bu durumun kötü niyetle kullanılarak “*ben bildirmem gerektiğini bilmiyordum*” diyerek birçok sağlık mesleği mensubunun bildirim yükümlülüğünden kurtulmasının kapısını aralayacaktır.

Failin amirlerinden birinin “*suçu ben bildiririm, senin bildirmene gerek yok*” demesi üzerine suç bildirmemesi halinde kanaatimizce kaçınılabilir değil ise hata hükümlerinden yararlandırılması gerekmektedir.

⁸⁰² Güleç, ss. 74-75.

⁸⁰³ Hakeri, Genel Hükümler, ss. 467-468., Güleç, ss. 80-81.

⁸⁰⁴ Özbek ve diğerleri, Genel Hükümler, ss. 433-436.

⁸⁰⁵ Karşı yöndeki görüşe göre; bu hükmün uygulanma alanı düşünüldüğü kadar geniş olmayıp sıkı kıstaslara tabidir. Çünkü burada failin hukuka aykırı hareket ettiği bilincinin olmaması gerekmektedir. Ve somut olayda bu durum tespit edilmeksizin hüküm uygulama alanı bulamayacaktır. Bakınız: Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 46,469.,

Doktrinde sağlık mesleği mensubunun bildirim yükümlülüğünün bulunmadığını düşünerek suça ilişkin belirtiyle karşılaşmasına rağmen suç bildirmedeği takdirde bunun haksızlık yanılması kapsamında değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir. Eğer bu hata kaçınılmaz ise artık kusur ortadan kalkacaktır denmektedir. Tezcan ve diğerleri, s. 1277.

Bir başka yazar ise; mesleği gereğince herkes birçok suça tanık olabilir ve tüm bu kimseler hakkında kamu davası açılmasının mümkün olmaması bazı suçun bildirilmesi hususunda ihmali harekette bulunanlarda haksızlık bilinci oluşturabilecektir. Erbaş, s.177.

Doktrinde failin bilgisinin yetersiz olması, geç bildirmenin bir sakınca yaratmayacağını düşünerek suçu hemen bildirmemesi gibi⁸⁰⁶ hallerde artık sağlık mesleği mensubunun hatası kastı kaldıracağı ifade edilmektedir⁸⁰⁷.

Kanaatimizce yukarıda ifade edildiği gibi artık bu hallerde sağlık mesleği mensubu hata hükümlerinden yararlandırılmamalıdır. Çünkü “*ben suçu bildirmemenin suç olduğunu bilmiyordum*” ya da “*geç bildirsem de olur*” demek gibi bir imkanı olmayıp kanunu bilmemesi mazeret sayılmayacaktır.

II. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

A. TEŞEBBÜS

Sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmek istemesine rağmen gecikme gösterdiği halde bildirimden önce kolluğun suçtan haberdar olması halinde teşebbüs gündeme gelmektedir. Bu suç tipi bakımından teşebbüsün mümkün olması doktrinde tartışmalı bir husustur.

Doktrinde bir görüşe göre⁸⁰⁸; gerçek ihmali suçlar bakımından teşebbüs mümkün değildir. Gerçek ihmali suçlar neticesi sebebiyle bitişik suçlardır. Kanunda ifade edilen eylem yapılmadığında, yükümlülük ihmal edildiğinde suç artık tamamlanmış olacak ve teşebbüs mümkün olmayacaktır. Çünkü bu suç bakımından hükümde yetkili mercilere derhal verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu sebeple hareket bakımından bir zaman aralığı tanınmamıştır. Bu suç tipi bakımından hükümde iki

⁸⁰⁶ Doktrinde bir başka görüşe göre ise; bu halde kastı ortadan kaldıran kaçınılmazlığın aranmadığı tipiklikte yanılma olarak kabul edilmektedir, Tezcan ve diğerleri, s. 1277.

⁸⁰⁷ Hafizoğulları ve Özen, s. 193.

⁸⁰⁸ Çakmut, s. 1057, Koca ve Üzülmmez, s. 995. Nuhoglu, s. 26, Hakeri, Tıp Hukuku, s. 1189, Tezcan ve diğerleri, s.1278, Artuk ve diğerleri, Genel Hükümler, s.1192,

Doktrinde bir görüşe göre; bu suçun hareketinin kesilebilir bir zamana sahip olduğu düşünülse bile; soyut tehlike suçu olduğundan zarar veya tehlike bakımından somut bir netice doğmayacak ve teşebbüsün cezalandırılmasına ilişkin hükümler uygulanamayacaktır. Zafer, Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu, s. 1348, Yaşar ve diğerleri, s. 8046., Üzülmmez, Sağlık Mesleği, s.841, Erdoğan, s.1109 , Hafizoğulları ve Özen, s.192. Nuhoglu, s. 26., Kocasakal, s. 219., Gültekin, s. 110-111., Erdoğan, s. 1109., Erdem, “Suçu Bildirmeme Suçu”, s. 118., Kolcu, ss. 203-204., İplikçi, s.110., Yağıldere, s. 76., Bulut, s. 93.

Doktrinde bu görüş, ihmali suçlar bakımından icrai hareketlerin zamana yayılması halinde teorik olarak teşebbüsün mümkün olduğunu belirtmektedirler. Uygulamada çok az görülse bile bunun teorik olarak mümkün olduğunu göz ardı ederek fiilin gerçekleşmesinden ziyade netice bakımından teşebbüsün imkânsızlığının ileri sürülmesi eleştirilmektedir. Ünver, (TCK’da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar), s.429.

eylem öngörölmüştür. Bu eylemlerden biri hiç bildirmemek diğeri ise bildirmek hususunda gecikme göstermektedir.

Yukarıda belirttiğimiz gibi suçun bildirilmesi bakımından her somut olayın özelliklerine göre makul bir süre öngörülecektir. Bu sürenin geçtiği bir durumda fail bildirmez ise suçu bildirmemiş olup birinci eylem, bildirir ise bildirmek hususunda gecikme gösterdiği için ikinci eylem vücut bulacaktır. Hal böyle iken bu suç bakımından bir icra hareketi- hazırlık hareketi ayrımı düşünölemeyecek veyahut kendi elinde olmayan nedenlerle suçun tamamlanamaması gibi bir hal de söz konusu olamayacaktır. Kaldı ki yetkili mercilerin önceden haberdar olması halinde bile bildirim yükümlölüğünün ortadan kalkmadığı kabul edildiği takdirde bu suç bakımından teşebbüs imkânsızlaşacaktır⁸⁰⁹.

Bir başka görüşe göre ise⁸¹⁰ gerçek ya da görünüşte ihmali suçlar bakımından herhangi bir ayırım yapılmaksızın Türk Ceza Kanunu'nda bulunan teşebbüs hükümleri uygulanamayacaktır. Çünkü bu hükümler icrai suçlar bakımından getirilmiştir. İhmali suçlar bakımından uygulanabilmesi için kanunda ayrıca ve açıkça düzenlenmesi gerekmektedir. Fakat kanunda ihmali davranışın başlı başına ceza yaptırımını gerektirmemesi gerekir. Örneğin; hekimin hastaya acil müdahale etmesi gerekmesine rağmen müdahalede bulunmaz ve hasta ölürse kasten öldürme suçundan sorumlu tutulacaktır.

Bazı yazarlara göre ise⁸¹¹ gerçek ihmali suçlar bakımından emredilen fiilin gerçekleştirilmesi için bir zaman dilimi öngörüşmüş ise artık burada sürenin bitimine kadar teşebbüs somut olayın özelliklerine mümkün olabilecektir. Bu görüşe yakın olarak bu suç tipi neticesi harekete bağı, ihmali, seçimlik ve soyut tehlike suçudur. soyut tehlike suçlarında teşebbüs mümkün olduğundan ikili bir ayırım yapmakta suç u hiç bildirmemek bakımından teşebbüsün görölmesinin çok zor olacağını fakat suçun geç bildirilmesi bakımından teşebbüsün mümkün olabilecektir. Bu sebeple bildirim

⁸⁰⁹ Özgüç, s. 1031.

⁸¹⁰ Özgenç, Ceza Genel, s. 518.

⁸¹¹ Erbaş, s.178, Hakeri, İhmali Suçlar, s.264.,

Doktrinde bir görüş; hareketin parçalara bölünebilir olmasında teşebbüs mümkündür. Fakat bu suç bakımından eksik teşebbüs mümkündür. Fakat belirtmek isteriz ki yazarın bu görüşü savunduğu dönemde hukuken eksik (nakıs) teşebbüs mümkün olmakla birlikte şuan bir geçerliliği bulunmamaktadır. Donay, Meslek Sırrı, ss. 111-112.

için hukuka uygun süre dolmadan failin iradesi dışında suçu bildirmede gecikme göstermesinin sona ermesi halinde teşebbüs eğer kendi hür iradesiyle yaparsa gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanacaktır⁸¹². Karahan⁸¹³ bu görüşe katılmakta ve ayrıca gönüllü vazgeçme hükümlerinin de bu suç bakımından uygulanabileceğini ifade etmektedir.

Kanaatimizce TCK m. 280 gerçek ihmal ve sırf hareketli bir suç olduğundan teşebbüs mümkün değildir. Gerçek ihmal suçlar bakımından suçun tamamlanması için netice aranmaz. Olumsuz hareketin yani ihmal hareketinin yapılması ile netice gerçekleşecektir. Bu nedenle aslında hareketle netice birleşik olup bölünemeyecektir⁸¹⁴. Doktrinde suçun bildirimi için somut olayın özelliklerine göre belirlenecek makul zaman nedeni ile hareketin bölünebilir olduğu ifade edilse de bu görüş isabetsizdir.

Şöyle ki; bu makul süre bitmediği ve henüz ihmal eyleminin gerçekleşmediği bir halde zaten suç tamamlanmayacağı için henüz suç teşkil eden bir eylem bulunmayacaktır. Süre dolmuş ve sağlık mesleği mensubu bu zaman dilimi içerisinde suçu bildirmeyerek ihmal hareketi gerçekleştirmiş ise zaten suç tamamlanmış olacaktır⁸¹⁵. Dolayısıyla burada bölünebilir hareketler mevcut olmayıp netice halen hareket ile bitişik haldedir. Kaldı ki gerçek ihmal nitelikteki bu suç bakımından; somut olaydaki zaman dilimi içerisinde netice ile hareketin bölünebilir olduğu varsayılsa dahi; henüz netice gerçekleşmedi ise suç nasıl oluşmaktadır? Çünkü gerçek ihmal suçlar bakımından failin eylemi bir netice doğurmamış ise cezalandırılabilmesi de mümkün olmayacaktır⁸¹⁶.

⁸¹² Ünver, (TCK'da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar), s. 429., Koç, s. 111., Erdoğan, s. 1110.

⁸¹³ Karahan, ss. 969-970.

⁸¹⁴ Özbek ve diğerleri, Genel Hükümler, s. 227.

⁸¹⁵ Önder Tozman, "İhmal Suçlarında Teşebbüs ve Gönüllü Vazgeçme", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:84, 2009, ss. 175-178., http://portal.ubap.org.tr/App_Themes/Dergi/2009-84-546.pdf, (08.05.2020).

⁸¹⁶ Hasan Hüseyin Bayraklı ve Ahmet Bozdağ, "Türk Ceza Hukukunda Teşebbüse Elverişlilik Sorunu ve Vergi Suçlarının Teşebbüse Elverişlilik Açısından Değerlendirilmesi", Maliye Dergisi, Sayı:158, Ocak-Haziran 2010, s. 23., https://ms.hmb.gov.tr/uploads/2019/09/02.Hasan_Huseyin.BAYRAKLI_Ahmet.BOZDAG.pdf, (08.05.2020), Ersin Şare, "Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:130, 2017, s. 149, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2017-130-1657>, (08.05.2020).

B. İŞTİRAK

Bu suç bakımından iştirak mümkündür⁸¹⁷. Ceza kanununda bu suç tipinde iştirake ilişkin özel bir hüküm bulunmadığından genel hükümler bu suç bakımından da geçerlidir⁸¹⁸. Bu suç yalnızca bir sağlık mesleği mensubu tarafından işlenebileceği için özgü suç niteliğindedir. Türk Ceza Kanunun 40. maddesinin 2. fıkrasında “*Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur.*” şeklinde özgü suçlar bakımından iştirakte özel bir düzenleme bulunmaktadır.

Bu sebeple sağlık mesleği mensubu olmayan kimselerin bu suça iştirak etmesi halinde artık müşterek fail olamayacaklardır. Ancak azmettiren veya yardım eden olabileceklerdir⁸¹⁹. Örneğin; sağlık mesleği mensubu amiri ile ortak irade ile suçu bildirmemeye karar vermesi halinde amirinin yardımcı olarak kolaylık sağlaması halinde artık amir yardım eden olarak sorumlu tutulacaktır⁸²⁰.

Bir diğer örnek ise birden fazla sağlık mesleği mensubunun aynı suç belirtisi ile karşılaşmalarına rağmen ortak karar alarak suçu bildirmemeleri halidir. Birden fazla sağlık mesleği mensubunun bildirim yükümlülüğü olduğu için birbirlerinin suçuna iştirak edemeyeceklerdir. Burada özgü suç bakımından koşulları taşıması ve ortak bir iradeyle hareket edilmesi bakımından müşterek fail olacaklardır⁸²¹.

Birden fazla sağlık mesleği mensubunun aynı suç belirtisi karşısında aralarından birinin diğerlerinin üzerinde baskınlık kurarak kararlarını etkileyip suçu bildirmediği halde bu kişinin iştirak bakımından sorumluluğu tartışılabilir. Bu kimse bakımından müşterek faillığe ek olarak azmettiren olarak sorumlu tutulabileceği söylenebilir. Fakat ceza kanununda asli norma tali normdan üstün olduğu için şerik olarak değil fail olarak sorumlu tutulacaklardır⁸²².

⁸¹⁷ Hafizoğulları ve Özen, s. 192, Toroslu, s. 338,

⁸¹⁸ Ünver, (TCK’da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar), s.429.

⁸¹⁹ Tezcan ve diğerleri, s. 1279., Koca ve Üzülmmez, s.995, Üzülmmez, Sağlık Mesleği, s.841., Nuhoglu, s. 26., Çakmut, s. 1058., Zafer, Sağlık Mesleği, s. 1349.

⁸²⁰ Koca ve Üzülmmez, s. 995.

⁸²¹ Çakmut, s. 1058, Zafer, Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu, s.1349, Koca ve Üzülmmez, s. 995., Tezcan ve diğerleri, s.1278.

⁸²² Özgenç, Genel Hükümler, s. 538.

Muayene veyahut tedavinin birden fazla sağlık mesleği mensubunu tarafından gerçekleştirilmesi halinde iştirak kurumu önem arz etmektedir. Burada her birinin ayrı ayrı bildirim yükümlülüğünün olduğunu unutmamak gerekir. Fakat teşhis ya da tedavi sürecine katılmış olmakla birlikte belirti ile doğrudan karşılaşmamış kimselerin bildirim yükümlülüğü bulunmamaktadır⁸²³.

Doktrinde bizim de katıldığımız görüşe gre⁸²⁴; aynı suç belirtisi ile karşılaşan birden fazla sağlık mesleği mensubunun bildirim yükümlülüğü bulursa da bunlardan birinin suçu bildirmesi halinde diğerlerinin yükümlülüğü de ortadan kalkacaktır. Çünkü suçla koruna hukuki menfaat eğer suç ve suçluluk ile mücadele ise bir kez bildirimin yapılması halinde soruşturma veya kovuşturma başlayacağından artı ikinci bir bildirim halinde hukuki bir yarar kalmayacaktır. Aksi bir bakış açısı hükmün amacına aykırıdır.

Kaldı ifade etmek gerekir ki; ihbar sonrası yargı organları harekete geçtiği için kolluk vasıtasıyla her türlü bilgi ve belge toplanacak, maddi gerçeğe ulaşmak adına her türlü işlem yapılacaktır. Önceden de değindiğimiz gibi tutulmuş adli raporlara ve kayıtlara bakılabilecek, tanık ifadelerine başvurulabilecektir. Bu nedenle sağlık mesleği mensubu maddi gerçeğin aydınlatılması için bir soruşturma ya da kovuşturma organı ya da aracı olmayıp yalnızca kanundan kaynaklı bildirim yükümlülüğünü yerine getiren bir kimsedir.

Doktrindeki aksi görüşe göre ise⁸²⁵; birden fazla sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmesi gereken bir durumda yalnızca birinin bildirim yükümlülüğünü yerine getirmesi diğerlerini bildirim yükümlülüğünden kurtarmaz. Kanun hükmünde bildirilmiş suç-bildirilmemiş suç gibi bir ayırım bulunmamaktadır. Kaldı ki suçu bildirenin ne kadar detaylı bir bildirimde bulunduğu, bildirimin yapıldığı kişinin ya da merciin tutumlarının ne olduğunun önceden bilinemeyeceği ve hükmün amacıyla bu

⁸²³ Zafer, Sağlık Mesleği, s. 1349.

⁸²⁴ Hakeri, Tıp Hukuku, s. 1189.akmut, s. 1053, Nuhoğlu, s. 26, Tezcan ve diğerleri , s. 1279, Zafer, s.1337, Yaşar ve diğerleri, s. 8043, Kocasakal, s. 194., Aksi görüş için bakınız: nver, Hekimin Ceza Sorumluluğu, s. 140., Giyik, s. 195., Gültekin, s. 111., Hızal, “Türk Ceza Kanununda Sağlık Personelinin İhbar Yükümlülüğü”, s. 134., Kolcu, s. 180, 190., Bulut, s. 94.

⁸²⁵ nver, (TCK’da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar), ss. 418-421., Yazar kanun hükmünde bildirmeme eylemini cezalandırmakta ve bu emredici bir norm niteliği taşımaktadır. Bu sebeple birinin bildirim yükümlülüğünü yerine getirmesi diğer kimse bakımından emredici normun uygulanmayacağı neticesini doğurmamaktadır. Karahan, ss. 961-962., Koç, ss. 75-78.

hükümle korunan hukuki değeri birbirine karıştırmaları nedeniyle diğer görüşü eleştirmektedir.

Yine birden fazla sağlık mesleği mensubunun her birinin farklı zamanlarda, suçun farklı bir belirtisinden haberdar olabilirler. Kanun hükmüyle suçun aydınlatılması amaçlandığı için yalnızca birinin bildirmesi çoğu zaman yeterli olmamaktadır. Bu sebeple eğer aksini düşünseydi kanun koyucu bunu açık bir şekilde hükümde düzenlerdi. Yazar örnek olarak Polonya Ceza Hukukunda (m. 240/ prg.2) bu hususun ayrı ve açık bir şekilde düzenlendiğini belirtmektedir.

Paralel bir başka görüş ise⁸²⁶; gerekçelendirme konusunda diğer sağlık mesleği mensubunun sahip olduğu bilgilerin adli soruşturma için faydalı olup olmama noktasında ayrılmaktadır. Adli makamların sahip olduğu bilgiden başka önemli bir bilgiye sahip olan sağlık mesleği mensubu bunu mutlaka bildirmelidir. Fakat eğer diğer sağlık mesleği mensubunun bildiği belirti yargılama bakımından önem arz etmeyen, bildirim yapılmadığı takdirde suçla korunan hukuki değer bakımından bir tehlike içermiyorsa artık ceza hukuku bakımından haksız bir eylem olarak kabul edilemeyecektir.

Doktrinde; bildirim hususunda birinin yetkilendirilmesi halinde yetkili sağlık mesleği mensubunun bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemesi veyahut gecikme göstermesi halinde diğer sağlık mesleği mensuplarının da sorumluluğunun devam edeceği ifade edilmektedir⁸²⁷.

Kanaatimizce böyle bir durumda artık diğer sağlık mesleği mensuplarının sorumlu tutulması mümkün değildir. Örneğin; asistan hekimin karşılaştığı suç belirtisini yetkili kimseye –başhekim gibi- bildirmesi halinde artık bildirim yükümlülüğünü yerine getirmiş olacaktır. Çünkü ihbarı alan başhekimin CMK m. 158/4 gereği Cumhuriyet Başsavcılığına haber vermesi gerekir. Haber vermemesi veyahut gecikme göstermesi halinde sorumluluk yalnızca başhekim bakımından devam edecektir. Kaldı ki kanun hükmünde “*bizzat*” bildirim aranmaktadır.

⁸²⁶ Özgüç, s. 1021.

⁸²⁷ Çakmut, s. 1052. Erem, Şerh, s. 2582., Zafer, Sağlık Mesleği, s. 1337.

Çalışmada sık sık değindiğimiz üzere uygulamada zaten büyük bir çoğunlukla sağlık mesleği mensubu suç ihbarını bizzat yapmamaktadır.

Son örnek ise suçun faili sağlık mesleği mensubunu suçu bildirmemesi konusunda ikna ederek anlaşması halidir. Bu halde doktrinde; suçun failinin sağlık mesleği mensubunun eylemine iştirak ettiği söylenemez. Çünkü hiç kimse kendisini suçlayıcı bir beyanda ya da ihbarda bulunmaya zorlanamaz. İştirakın söz konusu olabilmesi için bir başkasına karşı işlenen bir suça katılmak gerekir. Oysa burada kişinin kendisi ile ilgili bir suç söz konusu olduğu için tipiklik söz konusu değildir⁸²⁸.

C. İÇTİMA

Bu suç tipi bakımından kanunda içtimaya ilişkin özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bu sebeple içtima ile ilgili tartışmalı olan hususların genel hükümler çerçevesinde çözümlenmesi gerekecektir.

İlk olarak değerlendirilmesi gereken husus bu suç bakımından gerçek içtima halleridir. Sağlık mesleği mensubu suç belirtisiyle karşılaşmasına rağmen hem suçu bildirmeyip hem de suçun failini sorumluluktan kurtarmak amacıyla birtakım eylemlerde bulunursa hangi suçlardan sorumluluğunun doğacağını gerçek içtima bakımından değerlendirmek gerekecektir.

Burada “*Suçluyu kayırma*” başlığı ile düzenlenen TCK m. 283 ile TCK m. 280 arasındaki ilişkiyi değerlendirmek gerekir. TCK m. 283 “*Suç işleyen bir kişiye araştırma, yakalanma, tutuklanma veya hükmün infazından kurtulması için imkan sağlayan kimse, altı aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*” şeklindedir. Doktrinde bu suç tipleri arasında araç- amaç suç ilişkisi olduğundan gerçek içtima hükümleri gereğince her iki suç bakımından failin cezai sorumluluğunun doğacağı ifade edilmektedir⁸²⁹.

Bir başka örnek ise sağlık mesleği mensubunun hem suçu bildirmeyip hem de suça ilişkin belirti delillerini ortadan kaldırması halidir. Sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmeme eylemi TCK m. 280, belirti delillerini yok etme eylemi ise TCK m. 281’de düzenlenen “*Suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme*” suçuna vücut

⁸²⁸ Zafer, Sağlık Mesleği, s. 1337., Kolcu, s. 205.

⁸²⁹ Özgenç, Genel Hükümler, s. 603, Kolcu, ss. 203-204, Erbaş, s. 180.

verecektir. Bu durumda da gerçek içtima hükümleri söz konusu olacak ve fail her iki suçtan da ayrı ayrı cezalandırılacaktır⁸³⁰.

Bir diğer suçu bildirmeme başlığı altında düzenlenen TCK m. 278 ile TCK m. 280 arasındaki genel norm- özel norm ilişkisidir. Doktrinde bu suçlar arasındaki gerçek içtima ilişkisi bakımından temelde üç görüş bulunmaktadır.

Bunlardan ilki⁸³¹ bu suç tipleri arasında genel norm-özel norm ilişkisi olduğunu savunmaktadır. Gerekçe olarak ise her ikisinde de korunan hukuki değerin adliyenin yararı olmasına karşın aralarında farklılıklar bulunduğunu, TCK m. 278'in failinin herkes olabilmesine karşın TCK m. 280'nin failinin yalnızca sağlık mesleği mensubu olabilmesi yönünden ayırdıkları ifade edilmektedir. Bu sebeple TCK m. 280, suçu bildirmeme suçu karşısında özel norm niteliği taşımaktadır.

Bu görüş ile paralel sayılabilecek bir başka görüş ise ⁸³² bu suçlar arasında genel norm- özel norm ilişkisinin varlığını kabul etmekle beraber dayanak noktası bakımından yukarıdaki görüşten ayrılmaktadır. Her ikisi suçla korunan hukuki değerin adliyenin düzeni olmasına karşın suçun konusu noktasında ayırdıklarını ifade etmektedirler. TCK m. 280'de işlenmiş suçlar bakımından bir bildirim yükümlülüğü öngörülürken TCK m. 278 bakımından işlenmekte olan veyahut işlenmiş fakat suçun sebep olduğu neticelerin halen sınırlandırılması mümkün suçları kapsamaktadır. Bu sebeple TCK m. 280 suçu bildirmeme suçu karşısında özel norm niteliği taşımaktadır. Aynı yazarlar yine bu gerekçeye dayanarak yalnızca TCK m. 280'nin değil TCK m. 279'un da suçu bildirmeme suçu karşısında özel norm niteliğinde olduğunu savunmaktadır.

Üçüncü görüş ise⁸³³ diğer iki görüşe karşı çıkarak bu suç tipleri arasında genel norm- özel norm ilişkisinin varlığını kabul etmemektedir. Bir suçun diğer suç karşısında özel norm teşkil edebilmesi için; genel norm niteliğindeki hükmün aynı

⁸³⁰ Karahan, s. 972.

⁸³¹ Karahan, ss. 972-973., Koç, s.114.

⁸³² Ünver, (TCK'da Düzenlenen Adliyeye Karşı Suçlar), ss.397-401 , Erbaş, s. 182., Özgüç, s. 1032.

⁸³³ Tezcan ve diğerleri, s.1278, Zafer, Sağlık Mesleği, ss. 1336-1337.,

Bu görüşü savunan bir başka yazara göre iki suç birbirinden failin sıfatı noktasında ayrılmaktadır. Kamu görevlisi sıfatının ya da sağlık mesleği mensubu sıfatının birbirleri arasında bir kapsayıcılık ilişkileri bulunmamaktadır. Özgüç, "Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m. 280)", s. 1009.

unsurları içermekle birlikte ek olarak kendine has bir unsuru daha barındırması gerekir. Örneğin; bir suçun nitelikli halinin basit halinde göre özel norm teşkil etmesi gibi⁸³⁴. Her iki suç bakımından korunan hukuki değer aynı olsa bile konu bakımından ayrılmaktadırlar. Burada da TCK m. 280’de işlenmiş suçlar bakımından bir bildirim yükümlülüğü öngörülürken TCK m. 278 bakımından işlenmekte olan veyahut işlenmiş fakat suçun sebep olduğu neticelerin halen sınırlandırılması mümkün suçları kapsamadığı ifade edilmektedir. Fakat yalnızca bu hususunda genel norm- özel norm ilişkisi için yeterli olmayacağı; bu ilişkinin mevcut olabilmesi için bir suçun diğer bir suçun tüm unsurlarını içermesi veyahut en azından bir ek unsurunu içermesi gerektiği belirtilmektedir.

Kanaatimizce bu iki suç arasındaki ilişki bir görünüşte içtima hali olan özel norm- genel norm ilişkisidir. Burada hükümlerin arasında aslında özgü suç- genel suç ilişkisi bulunmaktadır. TCK m. 278 herkes bakımından genel bir suçu bildirmeme suçu iken TCK m. 280 sağlık mesleği mensupları bakımından fail bakımından özgü nitelikte bir suçu bildirmeme suçudur. Kaldı ki TCK m. 280’de işlenmiş suçlar bakımından bir bildirim yükümlülüğü öngörülürken TCK m. 278 bakımından işlenmekte olan veyahut işlenmiş fakat suçun sebep olduğu neticelerin halen sınırlandırılması mümkün suçları kapsadığından; suçun hukuki konusu bakımından da özel norm niteliği taşımaktadır.

Görünüşte içtima bakımından bir diğer önemli husus TCK m. 279 ile TCK m. 280 arasındaki ilişkidir. Doktrinde bu husus tartışmalı olup temel dört görüş etrafında şekillenmektedir.

Birinci görüş⁸³⁵; TCK m. 280’nin gerekçesinde “Devlet eliyle işletilen sağlık kuruluşlarında görev yapan sağlık mesleği mensupları, kamu görevlisi sıfatını taşımaktadırlar. Bu kişilerin suçu bildirme yükümlülüğüne aykırı davranışları hâlinde, yukarıdaki madde hükmü uygulanacaktır.” dendiği için bir sağlık mesleği mensubu aynı zamanda kamu görevlisi olup görevi ile bağlantılı soruşturulması ve kovuşturulması gereken bir suçu bildirmediği takdirde artık TCK m. 279 uygulanacaktır.

⁸³⁴ İçel, Suçların İçtimaı, ss. 187-188.

⁸³⁵ Yaşar ve diğerleri, s. 8046, Hakeri , Tıp Hukuku, s. 1183 , Çakmut, s. 1053., Erdoğan, s. 1105. , Artuk ve diğerleri, Özel Hükümler, s. 1232 .

Bizim de katıldığımız ikinci görüşe göre⁸³⁶; yukarıda suçu bildirmeme suçu ile TCK m. 280 arasındaki ilişkiyi ifade ederken belirtilen aynı gerekçelerle kamu görevlisinin suçu bildirmemesi suçu ile TCK m. 280 arasındaki ilişkinin genel norm-özel norm olduğu ifade edilmektedir. Ayrıca TCK m. 279 ve TCK m. 280 suçu bildirmeme suçu karşısında özel norm niteliği taşımaktadır. TCK m. 280 bakımından sağlık mesleği mensubunun kamu görevlisi olup olmaması önem arz etmemektedir. Çünkü bu suçların uygulanması bakımından bir sıfatın ayrıca yokluğu değil özellikle sağlık mesleği mensubu olmak veya kamu görevlisi olmak gibi özel sıfatlar aranmaktadır. Her ne kadar TCK m. 280'in gerekçesinde kamu personeli olması halinde TCK m. 279'un uygulanacağı belirtilse de bu görüşe göre TCK m. 280 özel norm niteliğinde bir hükümdür. Bu sebeple sağlık mesleği mensubu aynı zamanda kamu görevlisi olup suçu bildirme yükümlülüğünü ihlal ederse TCK m. 279 değil TCK m. 280 uygulanacaktır.

Ayrıca kamu personeli olup olmamasına göre bir sınıflandırma yaparak; kamu personeli olmayan sağlık mesleği mensubuna daha ağır sorumluluk yüklemenin adaletsiz ve hükümlerin amacına aykırı olacağı ifade edilmektedir. Ayrıca bu suç tipleri arasında yalnızca fail bakımından fark bulunmayıp suçu tipe uygun kılan eylem bakımından da farklılık bulunmaktadır. TCK m. 280'de belirti ile karşılaşan sağlık mesleği mensubuna bildirim yükümlülüğü getirirken TCK m. 279 bakımından ise *“kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenilmesi”* karşısında bildirim yükümlülüğü getirilmiştir. O yüzden kamu görevlisi olan sağlık mesleği mensubunun yalnızca belirti ile karşılaşması TCK m. 279 bakımından yeterli olmayıp tipe uygun fiil koşulunu sağlamamaktadır.

Bu suçlar arasındaki ilişkinin genel norm-özel norm ilişkisi olduğunu red eden bir görüşe göre⁸³⁷; TCK m. 280 bakımından sağlık mesleği mensubunun kamu

⁸³⁶ Ünver, (TCK'da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar), s.397.

Bu görüşe paralel bir görüş ise; TCK m. 280'de belirtilen sağlık mesleği mensubu ister kamu kurumunda ister özel kurumda çalışsın veya kendi işyerinde çalışsa dahi kamusal faaliyete katılan kişiyi ifade etmektedir. Bu sebeple TCK m. 280 suçu bildirmeme suçu ve kamu görevlisinin suçu bildirmemesi suçları karşısından özel norm niteliği taşımaktadır. Çünkü burada özel norm niteliği failin sahip olduğu mesleğin özelliğinden gelmektedir. Hafızoğulları ve Özen, s. 195., Koç, s. 114.

⁸³⁷ Zafer, Sağlık Mesleği Mensubunun Suçu Bildirmemesi Suçu, ss. 1336-1337., Tezcan ve diğerleri, s.1278. Erdem, “Suçu Bildirmeme Suçu”, s. 109., Toroslu, s. 336.,

görevlisi olup olmaması önem arz etmemektedir. İkisi de özel norm olup bunu sağlayan failin taşınması gereken sıfatlardır. Bu durumda kamu görevlisi olan sağlık mesleği mensubu suçu bildirmediği takdirde fikri içtima kuralları gereğince TCK m. 279 ve TCK m. 280 suçları vücut bulacak ve bu suçlardan cezası ağır olanla fail cezalandırılacaktır.

Konu ile ilgili son görüş ise⁸³⁸; bu suçlar arasındaki ilişkinin asli-tali norm ilişkisi olduğunu ifade etmektedirler. Asli normun niteliğindeki suçun işlenebilmesi için tali norm niteliğindeki suçun işlenmesi gerekmektedir. Fakat tali norm niteliğindeki suç asli norm niteliğindeki suçun nitelikli hali ya da unsuru değildir. Tali norm niteliğindeki suçlar kanunda bulunan boşlukları doldurmak amacıyla asli norm niteliğinde bir düzenleme bulunmadığı hallerde uygulanmaktadır.

Kamu görevlisinin konumu itibariyle bildirim yükümlülüğü sağlık mesleği mensuplarına nazaran daha öncelikli bir nitelik taşımaktadır. Bu sebeptendir ki kamu görevlisinin suçu bildirmemesi hali daha ağır cezalandırılmalıdır. Burada TCK m. 279 asli norm niteliğinde olup TCK m. 280 tali norm niteliğindedir. Bu sebeple kamu görevlisi olan sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmemesi halinde asli norm olan TCK m. 279 uygulanacaktır. Nitekim kanun koyucu TCK m. 279'un cezasını TCK m. 280'e göre daha ağır düzenlemiş olup, TCK m. 280'nin gerekçesinde açık bir şekilde

Doktrinde bu görüş; TCK m. 279 ve 280 bakımından işlenmiş bir suç olması gerektiği TCK m. 278'in ise işlenmekte olan suçlar bakımından uygulanabileceği ve bu hükümlerin bir olayda birlikte uygulanabilir olmadığının düşünülmesi bakımından eleştirmektedir. Eleştiren görüş; TCK m. 278/2'de ek koşullarla birlikte açık bir şekilde "işlenmiş" suç kavramının kullanılmasını, görüşü savunan yazarların yok saydığını, somut olayda bu normların aynı anda birlikte uygulanabilir olabileceğini ve TCK m. 279 ve 280'in fail bakımından "sağlık mesleği mensubu" olma ve "kamu görevlisi" olması sıfatlarının bu hükümlerin özel norm niteliklerini ortaya koyduğunu gerekçe göstererek eleştirmektedirler. Ünver, (TCK'da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar), s. 398.,

Aynı görüşteki yazar TCK m. 280 ile m. 279 arasındaki ceza miktarının adil olmadığı görüşüne katılmamaktadır. Yazara göre kamu görevlisi bir hak ve ayrıcalık olduğu için onun işleyeceği suçun da daha ağır cezalandırılması gayet doğaldır. Kolcu, ss. 177-180, ss. 204-205.,

Aynı görüşte olan bir başka yazara göre; şikayete tabi bir suçun işlendiği belirtisi ile karşılaşılması halinde artık TCK m. 279 uygulanamayacağı için sağlık mesleği mensubu yalnızca TCK m. 280'den sorumlu tutulacaktır. Bakınız: Özgüç, s. 1033.

⁸³⁸Kocasakal, s. 175. Ünver, Kocasakal'ın görüşünü şu şekilde eleştirmektedir: bir hükmün uygulanıp uygulanamayacağı cezanın miktarına bakılarak tespit edilemez. Kamu görevlilerinin adli organlara suçun soruşturulması ve kovuşturulması bakımından yardımcı olma yükümlülüğü zaten TCK m. 279 ile karşılanmaktadır. Kaldı ki sağlık mesleği mensubu kavramı kamu görevlisinden çok daha geniş bir kavramı ifade etmektedir. Bu sebeple TCK m. 280'nin uygulama alanı aslında daha geniştir. Bu sebeple kanun koyucu TCK m. 280'i sağlık mesleği mensupları bakımından asli norm olarak düzenlemiştir. Yazar bu hususları dikkate almadan görüşünü temellendirmektedir. Ünver, (TCK'da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar), ss.398-401. Erbaş, ss. 184-186, Toroslu, s. 336,

kamu görevlisi niteliğindeki sağlık mesleği mensupları bakımından TCK m. 279'un uygulanacağını ifade etmiştir.

Bu görüşü savunan Karahan ayrıca şu şekilde bir ayırım yapmaktadır⁸³⁹; Eğer kamu görevlisi sağlık mesleği mensubunun bildirmesi gereken suç şikayete bağlı bir suç ise TCK m. 279'un kapsamına giremeyeceğinden suçun bildirilmediği veyahut bildirmede gecikme gösterildiği hallerde artık TCK m. 280 uygulanacaktır.

Yine aynı görüş gerekçelerine örnek olarak “görevi kötüye kullanma suçu” başlığı altında düzenlenen TCK m. 257 ile “kamu görevlisinin suçu bildirmemesi suçu” olan TCK m. 279 arasındaki asli-tali norm ilişkisini örnek vermektedirler. TCK m. 257'nin ikinci fıkrası “*Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*” demektedir. Burada “*Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında*” ibaresinin kullanılmasının hükmün açık bir şekilde tali norm olduğunu göstermektedir. Örneğin; kamu görevlisi niteliğindeki sağlık mesleği mensubunun karşılaştığı suçu bildirmeyip suçun faili yaptırımdan kurtarmak amacıyla kayırıp kamunun zararına sebep olduğu halde; TCK m. 279 asli norm olduğundan artık TCK m. 257 oluşmayacak⁸⁴⁰ yine TCK m. 279, sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmemesi suçu karşısında asli norm olduğundan TCK m. 280 oluşmayacaktır. Bu sebeple bu örnek olayda artık TCK m. 279 ve ek olarak suçlu kayırıldığı için TCK m. 283 vücut bulacaktır. Bu iki suç arasında da yine aynı görüş araç-amaç ilişkisini olduğunu ifade

⁸³⁹ Karahan, ss. 973-974.

⁸⁴⁰ “Suç tarihinde... Devlet Hastanesinde doktor olarak görev yapan sanık ...'ın, ...Devlet Hastanesinde 15.02.2011 tarihli trafik kazası neticesinde beyin travması sonucu hastaneye yatan ve 19.02.2011 tarihinde de vefat eden... isimli bebeğin ölüm belgesinde başhekim olarak imzasının bulunması karşısında; CMK'nın 159. maddesi gereğince bildirim yükümlülüğünün ihlal edilmesi TCK'nın 257. maddesinde yazılı görevi ihmal suçunu oluşturabileceğinden bu suçun unsurlarının tartışılarak karar verilmesi yerine suç vafında hataya düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması, Bozmayı gerektirmiş, sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmesi olduğundan, hükmün açıklanan nedenle BOZULMASINA...”, Yrg. 16. Cd. 25.11.2015 Tarih ve 2015/5251 E. , 2015/4545 K., , Kanaatimizce bu karar isabetsiz olup kanun hükmünde ifade edildiği üzere TCK m. 257'nin uygulanabilmesi için somut olayda failin eyleminin başkaca bir suç teşkil etmemesi gerekmektedir. Somut olayda kamu görevlisi sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmemesi karşısında görüşümüz gereği TCK m. 257 değil TCK m. 280 uygulanmalıydı., <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (07.04.2020).

ettikleri için gerçek içtima hükümleri gereğince fail her ikisinden de cezalandırılacaktır.

Bir diğer önemli içtima ilişkisi ise TCK m. 280 ile TCK m. 257 olan görevi kötüye kullanma suçu arasındadır. Kamu görevlisi olan sağlık mesleği mensubu suçu bildirmemesi halinde hem TCK m. 257 hem de TCK m. 280 söz konusu olabilecektir. Burada önem arz eden husus TCK m. 257'nin ikinci fıkrasında **“Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi”** cezalandırılmaktadır. Sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmemesi kanunda ayrıca suç olarak düzenlendiği için asli norm niteliğinde olup TCK m. 257 tali norm niteliğindedir. Bu nedenle suçu bildirmek hususunda ihmal veya gecikme gösteren sağlık mesleği mensubu bakımından yalnızca TCK m. 280 uygulanacaktır⁸⁴¹.

Bir diğer içtima hali ise TCK m. 252'de düzenlenen rüşvet suçu ile TCK m. 280 arasındaki ilişkidir. Burada rüşvet suçunun eylemi ile TCK m. 280'nin eylemleri tamamen birbirinden farklı niteliktedir. Kamu görevlisi sağlık mesleği mensubu suçu bildirmemek için rüşvet aldığı takdirde eğer TCK m. 280'nin kamu görevlisi sağlık mesleği mensubunu kapsadığını kabul ediyorsak fikri içtima ilişkisi kurulmayacağı için her iki suçtan da ayrı ayrı cezalandırılacaktır. Fakat kamu görevlisi sağlık mesleği mensubunun bu kapsamda değerlendirilmeyeceği düşünüldüğü takdirde TCK m. 279 ile TCK m. 252 arasında bir içtima ilişkisi değerlendirilecektir⁸⁴².

Yukarıda detaylı bir şekilde sağlık mesleği mensuplarının düzenlemesi gereken adli rapordan bahsetmiştik. Sağlık mesleği mensubu hem gerçeğe aykırı adli rapor düzenler hem de suçu bildirmez ise sağlık mesleği mensupları bakımından özel olarak düzenlenmiş TCK m. 210/2⁸⁴³ gereğince resmi belgede sahtecilik suçu ve suçu bildirmediği için TCK m. 280 gündeme gelecektir.

⁸⁴¹ Erbaş, s. 185.

⁸⁴² İplikçi, s. 112, Özgüç, s. 1033.

⁸⁴³ “Gerçeğe aykırı belge düzenleyen tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire veya diğer sağlık mesleği mensubu, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Düzenlenen belgenin kişiye haksız bir menfaat sağlaması ya da kamunun veya kişilerin zararına bir sonuç doğurucu nitelik taşıması halinde, resmi belgede sahtecilik hükümlerine göre cezaya hükmolunur.”

Doktrinde bu halde⁸⁴⁴; sağlık mesleği mensubunun tek bir fiil ile iki suçu da işlediği ifade edilmektedir. Artık bu halde TCK m. 212⁸⁴⁵ de düzenlenen özel içtima hükmü gereğince sağlık mesleği mensubu ayrı ayrı her iki suçtan da cezalandırılacaktır.

Aksi yöndeki bizim de katıldığımız görüşe göre⁸⁴⁶; burada tek bir değil biri ihmali biri icrai olmak suretiyle iki ayrı suç bulunmaktadır. Bu halde artık içtima hükümleri uygulanamayacağından iki ayrı suçtan da fail cezalandırılacaktır. Kaldı ki TCK m. 212⁸⁴⁷ de düzenlenen özel içtima hükmü de bizi aynı sonuca götürmektedir.

TCK m. 280 bakımından zincirleme suç değerlendirmesi yapacak olursak; bu suçun mağduru toplumu oluşturan herkes olabileceğinden TCK m. 43 zincirleme suç hükümleri uygulanabilecektir.

Doktrinde bir görüşe göre⁸⁴⁸, sağlık mesleği mensubu aynı suçu bildirmeme kararı ile farklı zamanlarda farklı suçları bildirmediği takdirde her bildirmediği suç bakımından değil artık TCK m. 43 kapsamında tek bir suçu bildirmeme fiilinden cezalandırılacak fakat failin cezası arttırılacaktır.

Bir başka görüşe göre⁸⁴⁹; bu suçların aynı zamanda öğrenilmiş olması gerekmekte olup farklı zamanlarda öğrenilmesi halinde gerçek içtima veya zincirleme suç hükümleri uygulanacağı ifade edilmektedir. Kocasakal'a göre⁸⁵⁰; bu

⁸⁴⁴ Özgüç, ss. 1033-1034.

⁸⁴⁵ “Madde 212- (1) Sahte resmi veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması halinde, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunur.”

⁸⁴⁶ Ünver, (TCK’da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar), ss.429-430.,

“...ancak; trafik kazası sonucu yaralanan Salih'in Zonguldak SSK. Hastanesinden Gazi Üniversitesi Tıp Fakültesine sevk edildiği, burada beyin cerrahi bölümünde yattığı sırada öldüğü ancak, kayıtlarda trafik kazası sonucu yaralandığı açıklanmasına karşın sanık tarafından adli vaka değildir biçiminde morg kağıdı düzenlendiğinin anlaşılması karşısında, sanığın bu kuşkulu ölümü C.Savcılığına bildirmemekten ibaret eyleminin TCY.nın 235. maddesindeki suçu oluşturacağı gözetilmeden, yerinde olmayan gerekçeyle beraat kararı verilmesi” bozma nedeni olarak kabul edilmiştir. Yrg. 4. Cd., 08.04.2002 tarih ve 2002/3413 E. 2002/5609 K, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>, (10.04.2020).

⁸⁴⁷ “Madde 212- (1) Sahte resmi veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması halinde, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunur.”

⁸⁴⁸ Tezcan ve diğerleri, s. 1278, Zafer, Sağlık Mesleği, s. 1349., Hafizoğulları ve Özen, s. 192. Nuhoglu, s. 26.

⁸⁴⁹ Giyik, s. 205., Yazar bu durumda artık iki ayrı suçun oluştuğunu ifade etmektedir. Kolcu, s. 204., Koç, ss. 113-114.

⁸⁵⁰ Kocasakal, s. 220. Karahan, s. 971.

durum aynı failin farklı mağdurlara karşı işlediği birden fazla fiilin aynı zamanda öğrenilmesi hali bakımından da geçerlidir.

Özgüç'e göre⁸⁵¹; sağlık mesleği mensubunun birden fazla farklı suç belirtisi ile karşılaşp bildirmediği halde artık her bir suç bakımından ayrı ayrı bildirim yükümlülüğü doğmaktadır. Aksi bir bakış açısında sağlık mesleği mensubunun önceden olası suçları bildirmek istemediği gibi bir varsayımdan bahsedilmiş olacaktır. Ki bu halde dahi failin tek bir suç işleme kararından bahsedilemeyecek daha ziyade fırsattan istifade ederek suç işlediği sonucuna varılacaktır.

İplikçi'ye göre ise⁸⁵²; sağlık mesleği mensubunun tek bir suç işleme kararı ile birden fazla suçu bildirmediği halde de zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır. Eğer ayrı bildirmeme kararı ile hareket edilirse burada artık zincirleme suç hükümleri uygulanamayacak hepsi ayrı suç oluşturacaktır.

Kanaatimizce bu suç tipi bakımından zincirleme suç hükümlerini uygularken zincirleme suç hükümlerindeki koşullara bakmak gerekir. Zincirle suç hükmünün uygulanabilmesi için sağlık mesleği mensubunun aynı suç işleme kararıyla, farklı zamanlarda, birden fazla suçu bildirmemiş olması gerekmektedir. Burada önem arz eden koşul; sağlık mesleği mensubunun aynı suç işleme kararıyla hareket edip etmediğidir. Karar kavramı kast kavramından daha geniş olup kast kavramından önce mevcuttur. Bu nedenle failin kararındaki birlik kastında da birlik anlamı taşımamaktadır. Burada aynı suç işleme kararının mevcudiyetini belirlerken; failin eylemlerindeki benzerlik, suçu işleyebilmek için yararlandığı fırsatlardaki benzerlik, işlediği suçlar arasında geçen zaman dilimi kıstaslar dikkate alınabilecektir⁸⁵³. Bu açıklananlar doğrultusunda sağlık mesleği mensubu aynı suç işleme kararıyla farklı zamanlarda birden fazla suçu bildirmediyse artık tek bir suç oluştuğunu kabul ederek TCK m. 43/1 gereği hakkında verilecek ceza dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılacaktır. Eğer sağlık mesleği mensubu farklı suç işleme kararlarıyla hareket ederek farklı zamanlarda birden fazla suçu bildirmedi ise burada artık zincirleme suç

⁸⁵¹ Özgüç, s. 1034.

⁸⁵² İplikçi, s. 112.

⁸⁵³ Özbek ve diğerleri, Genel Hükümler, ss. 550-553.

hükümleri uygulanamayacak olup her bir bildirmeme eylemi bakımından gerçek içtima gereği ayrı ayrı cezalandırılacaktır.

Yine belirtmek gerekir ki sağlık mesleği mensubunun karşılaştığı belirtinin mağduru ya da faili birden fazla olsa da tek bir bildirim yükümlülüğünün olduğunu ifade etmek gerekir. Çünkü burada bildirim yükümlülüğü fail ya da mağdur bakımında değil suçun bildirilmesinden kaynaklanmaktadır. Ayrıca bu suçun mağduru toplum olduğundan tek bir mağdur olarak kabul edilmesi gerekir⁸⁵⁴.

Doktrinde aksi bir görüşe göre ise⁸⁵⁵; sağlık mesleği mensubu birden fazla kişiye karşı işlendiğini öğrendiği suçu bildirmediği takdirde zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır.

Aynı neviden ve farklı neviden fikri içtima bakımından ilgili hükümler olan TCK m. 43/2 ve TCK m. 44 de geçen “işlemek” kelimesinden ne anlaşılması gerektiği önemli bir husustur. Bu kavram hem icrai hem de ihmali bir fiili ifade etmektedir⁸⁵⁶. Doktrinde burada tartışmalı olan husus ihmali suçlar bakımından hareketin ne zaman tek kabul edileceğidir.

Bir görüşe göre⁸⁵⁷; ihmali suçlarda hareket ile netice bitişik olduğu için hareket ve fiil ayrımı yapılamayacağı için bu kavramları aynı kabul etmek gerekir. Hal böyle iken hareket sayısı fiil sayısını belirleyecektir. Bu sebeple ihmali suçlar bakımından ihmali bir fiil ile birden fazla suç meydana geldiğinde fikri içtima hükümlerine gidilecektir. Bu hal özellikle bir hareketle birden fazla yükümlülüğün yerine getirilmesi durumlarında karşımıza çıkar. Bu durumda dikkat edilmesi gereken husus normlar arasında görünüşte içtima ilişkisinin bulunmamasıdır. Eğer görünüşte içtima ilişkisi varsa artık fikri içtima hükümleri uygulanamayacak gerçek içtima hükümlerine gidilecektir.

Bizimde katıldığımız bir başka görüşe göre⁸⁵⁸; TCK m. 43’ün ikinci fıkrasında “Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da, birinci

⁸⁵⁴ Nuhoglu, s. 27., Nejat, Öztürk, s. 536-537., Giyik, ss. 205-206., Kolcu, s. 204.

⁸⁵⁵ Bulut, s. 95., Gültekin, s.111.

⁸⁵⁶ Hakeri, İhmali Suçlar, Ceza Hukuku Dergisi, Ankara, Ağustos 2007, Yıl:2, Sayı:4, s.137.

⁸⁵⁷ İçel, Suçların İçtiması, ss. 68-69.

⁸⁵⁸ Özgenç, Genel Hükümler, s. 616, Erbaş, s. 188.

fıkra hükmü uygulanır.” şeklinde aynı neviden fikri içtima düzenlenmiştir. Aynı neviden fikri içtima bir fiil ile aynı suçun birden fazla mağdura karşı işlenmesidir. Bu suçun mağduru yukarıda da belirttiğimiz üzere belirli bir kişi olmayıp bütün toplum olduğundan bu suç bakımından aynı neviden fikri içtima mümkün olmayacaktır.

TCK m. 44 “*İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır.*” hükmü ile farklı neviden fikri içtima düzenlenmiştir. Farklı neviden fikri içtimada bir fiil ile birden fazla farklı suç oluşmaktadır. Bu halde fail artık işlediği suçlardan cezası en ağır olanla cezalandırılacaktır. Örneğin; hükümlü olan birinin infaz kurumundan kaçarak yaralanması ve sağlık mesleği mensubunun görev esnasında bunu bildirmeyerek hükümlünün yerini gizleyen sağlık mesleği mensubu bakımından “*Tutuklu, hükümlü veya suç delillerini bildirmeme*” başlığı ile düzenlenen TCK m. 284 ve TCK m. 280 gündeme gelecektir. Fakat burada aynı bildirmeme eylemiyle iki suç vücut bulduğundan cezası en ağır olan suç ile sağlık mesleği mensubu cezalandırılacaktır. Burada her iki suçun da cezaları eşit olduğundan birinden yalnızca ceza alacaktır⁸⁵⁹.

Sağlık mesleği mensubu suç belirtisini bildirmeme eylemiyle birden fazla suç vücut verebilir. Bu suçların tamamı ihmali suçlar olabileceği gibi bir kısmı icrai suçlar da olabilecektir. Bu halde fikri içtima hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı doktrinde tartışmalı bir husustur.

Bizim de katıldığımız görüşe göre⁸⁶⁰; bir fiil hem icrai hem de ihmali olamayacağından ve burada harekette teklik arandığından; icrai ve ihmali suçların bir arada bulunduğu hallerde fikri içtima hükümlerine gidilemeyecektir.

Karşı görüşe göre ise⁸⁶¹; icrai ve ihmali suçların bir arada bulunduğu hallerde de fikri içtima hükümleri uygulanabilecektir.

Doktrinde özel ve genel hüküm olan TCK m. 257 hariç bu suç bakımından fikri içtimanın mümkün olmadığını da ileri süren görüşler mevcuttur. Hafizoğulları ve Özen, s. 192., Karahan, s. 972, Erbaş, s. 188.

⁸⁵⁹ Erbaş, s. 187., Karahan, s. 972.

⁸⁶⁰ İçel, Suçların İçtimaı, s. 70, Ünver, (TCK’da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar), s. 429.

⁸⁶¹ Hızal, Sağlık Personelinin İhbar Yükümlülüğü, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 118.

III. YAPTIRIM VE KOVUŞTURMA

Bu suç tipinin uygulamadaki soruşturma ve kovuşturmasının yaygın olmadığı ve aslında TCK m. 279 karşısında bu hükmün uygulanabilirliğinin ne kadar zayıf olduğunu 2018 yılına ait Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğünün yayınladığı verilerde görülmektedir⁸⁶².

TCK ve özel kanunlar uyarınca Cumhuriyet başsavcılıklarında soruşturma evresinde şüpheliler hakkında verilen kararların sayısına bakıldığında; 81 tane kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar, 84 tane açılan kamu davası, 20 tane yetkisizlik kararı, 1 tane görevsizlik kararı, 2 tane birleştirme kararı verildiği görülmektedir. TCK ve özel kanunlar uyarınca ceza mahkemelerine açılan davalarda uyruk ve yaş grubuna göre sanıkların işlediği suç sayılarına bakıldığında; 44’ü erkek fail tarafından 30’u kadın fail tarafından olmak üzere toplam 74 adet suç işlendiği görülmektedir. TCK ve özel kanunlar uyarınca ceza mahkemelerinde, uyruk ve yaş grubuna göre sanıklar hakkında verilen mahkumiyet karar sayısı ise 2’dir.

Bu mahkumiyet kararlarından hiçbirinde hapis cezası verilmemiş olup adli para cezası yaptırımını uygulanmıştır. Yine aynı raporda hiç hapis cezasının ertelenmesi kararı, güvenlik tedbiri uygulama kararı verilmediği görülmektedir. Aynı zamanda 2018 yılında 22’si kadın fail 22’si erkek fail hakkında olmak üzere toplam 44 adet beraat kararı verilmiştir. 5’i kadın fail 7’si erkek fail hakkında olmak üzere toplam 12 adet hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmiştir.

765 sayılı kanun döneminde kabahat olarak kabul edilen bu fiil 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile hapis cezası verilen bir suç tipi olarak düzenlenmiştir. TCK m. 280 gereğince *“görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşmasına rağmen, durumu yetkili makamlara bildirmeyen veya bu hususta gecikme gösteren sağlık mesleği mensubu, bir yıla kadar hapis cezası ile”* cezalandırılacaktır. Burada önemli olan husus kanun hükmünde suçun cezasının alt sınırının belirtilmemesidir. Bu sebeple hapis cezası bakımından genel hüküm olan TCK m. 49 hükmünün birinci fıkrası *“Süreli hapis cezası, kanunda aksi belirtilmeyen*

⁸⁶²Adalet İstatistikleri Judicial Statistics 2018, Ağustos 2019, verilerin sırasıyla s.60,81,97,111,120,129,138,147,156,165,174., http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1792019103654adalet_ist_2018.pdf, (13.04.2020).

hallerde bir aydan az, yirmi yıldan fazla olamaz.” dediğinden bu suç bakımından cezanın alt sınırı bir ay olarak kabul edilecektir⁸⁶³.

TCK m. 49/2 uyarınca hükmedilen bir yıl veya daha az süreli hapis cezası olduğun kısa süreli hapis cezasıdır. Bu suç tipi bakımından öngörülen ceza kısa süreli hapis cezası olduğundan TCK m. 50 gereği *“failin kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere” göre adli para cezası, mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle ve gönüllü olmak koşuluyla kamuya yararlı bir işte çalıştırılmaya, sağladığı hak ve yetkiler kötüye kullanılmak suretiyle veya gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılarak suç işlenmiş olması durumunda; mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, ilgili ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınmasına, belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanma”* gibi seçenek yaptırımlara çevrilebilecektir⁸⁶⁴.

TCK m. 51 hükmü gereği bu suç tipinin cezası bir yıldan az olduğu için (iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm edilenler bakımından uygulandığından) koşulları taşıdığı takdirde cezasının ertelenmesine karar verebilir.

Yine TCK m. 53 kapsamında sağlık mesleği mensubu; hapis cezasına çarptırıldığı takdirde bunun bir başka sonucu olarak hak yoksunluğuna da tabi tutulabilir. TCK m. 53/1-e kapsamında sağlık mesleği mensubu *“Bir kamu kurumunun veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tabi bir meslek veya sanatı, kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı veya tacir olarak icra etmekten”* yoksun bırakılabilecektir.

Yine TCK m. 53/5 uyarınca; *“Birinci fıkrafta sayılan hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla hapis cezasına mahkûmiyet halinde, ayrıca, cezanın infazından sonra işlemek üzere, hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir. Bu hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar*

⁸⁶³ Ünver, (TCK’da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar), s.430, Hakeri, Tıp Hukuku, s.1190, Hafızoğulları ve Özen, s. 196. Nuhoglu, s. 27., Çakmut, s. 1058.

⁸⁶⁴ Doktrinde bu suç bakımından koşulların bulunması halinde seçenek yaptırımlardan yalnızca; adli para cezası veya mahkum olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle ve gönüllü olmak şartıyla kamu yararlı bir işte çalıştırılma tedbirine çevrilebilecektir. Kocasakal, s. 221.

dolayısıyla sadece adli para cezasına mahkûmiyet halinde, hükmünde belirtilen gün sayısının yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir. Hükmün kesinleşmesiyle icraya konan yasaklama ile ilgili süre, adli para cezasının tamamen infazından itibaren işlemeye başlar.” hükmünün bu suç bakımından uygulanabilirliği doktrinde tartışmalıdır.

Doktrinde bir görüşe göre⁸⁶⁵; bu hükmün uygulanmasında belirleyici olan hususun sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmemesi halinde aynı zamanda hak ve yetkilerini kötüye kullanıp kullanmamasıdır. TCK m. 257/2 “*Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*” hükmünden yola çıkılarak kanunun “*ihmal*” kavramı bakımından da kötü kullanmanın söz konusu olabileceği neticesine varılmaktadır. Bu sebeple sağlık mesleği mensubunun TCK m. 280’den hüküm giymesi halinde TCK m. 53/5 uygulanabilir hale gelecektir.

Bizim de katıldığımız karşı görüşe göre ise⁸⁶⁶; sağlık mesleği mensubunun bildirim yükümlülüğünü ihmal etmesi mesleğin icra edilebilmesi için verilmiş izin neticesindeki hak ve yetkilerin kötüye kullanılması suretiyle işlenebilen bir suç değildir. Zira bildirim yükümlülüğü sağlık mesleği mensubunun mesleği icrası kapsamında değildir. Bu sebeple TCK m. 53/5’in bu suç bakımından uygulanması mümkün değildir.

Bu suç bakımından zamanaşımı süresi TCK m. 66/1-e uyarınca⁸⁶⁷ suçun işlendiği tarihten itibaren sekiz yıldır. Zamanaşımı süresini kesen bir durumun bulunması halinde TCK m. 67/4 uyarınca⁸⁶⁸ zamanaşımı süresi en fazla on iki yıl olabilecektir.

⁸⁶⁵ Nuhoğlu, s. 28., Bulut, s. 96.

⁸⁶⁶ Zafer, Sağlık Mesleği, s. 1350., Üzülmüş, Sağlık Mesleği, s. 843., Kolcu, s. 207.

⁸⁶⁷ “(1) Kanunda başka türlü yazılmış olan haller dışında kamu davası; ... e) Beş yıldan fazla olmamak üzere hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlarda sekiz yıl, Geçmesiyle düşer.”

⁸⁶⁸ “Kesilme halinde, zamanaşımı süresi ilgili suça ilişkin olarak Kanunda belirlenen sürenin en fazla yarısına kadar uzar.”

Ayrıca bu suç tipinin failinin kamu personeli olmayan sağlık mesleği mensubu olduğunu savunan yazarlar TCK m. 279 ile TCK m. 280 arasındaki yaptırımlar arasında adaletsizlik olduğu gerekçesiyle eleştirmektedirler. TCK m.279’da kamu personeli olan sağlık mesleği mensubunun bildirmesi gereken suçlar TCK m. 280’e göre az olmasına rağmen “6 aydan 2 yıla kadar hapis cezası” öngörülürken, TCK m. 280’de kamu personeli olmayan sağlık mesleği mensubunun “suça ilişkin belirti” demek suretiyle bildirilmesi gereken suçların kapsamı çok geniş tutulmasına rağmen daha az hapis cezasının öngörülmüş olması gerekçe gösterilmektedir⁸⁶⁹.

TCK m. 279’da kamu personeli olan sağlık mesleği mensuplarının bu şekilde daha fazla ceza almasına gerekçe olarak devletin kendi sağlık mesleği mensubundan (memurundan) suç ve suçlulukla mücadelede daha fazla aktif rol oynamasının beklendiği gösterilmektedir⁸⁷⁰. Yine aynı görüş soruşturma ya da kovuşturma yapılabilmesi için 4483 sayılı kanun gereği izin aranmayacağını çünkü sağlık mesleği mensubu kamu görevlisi ise artık TCK m.280’nin değil 279’un uygulanması gerektiğini ifade etmektedir. Fakat bildirim yükümlülüğünün kaynağı CMK m. 159 ise; CMK m. 161 kapsamında Cumhuriyet Savcılığı izin aramaksızın doğrudan doğruya soruşturmaya başlayabilecektir⁸⁷¹.

Bu suç bakımından ön ödeme hükümlerinin uygulanması mümkün olmadığı gibi TCK m. 253 ve 254 gereğince uzlaştırma mümkün değildir.

5235 sayılı “Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun”un 11. maddesi gereğince bu suç bakımından görevli mahkeme Asliye Ceza Mahkemesidir.

17 Ekim 2019 tarihinde TBMM 7188 sayılı “Ceza Muhakemesi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunu”nun 19. maddesiyle; CMK m. 171’in ikinci fıkrası değiştirilmiş ve 24. maddesiyle Ceza Muhakemesi Kanunu’na yeni bir hüküm olarak m. 251 eklenmiştir. Son olarak bu hükümlere değinmek gerekir.

CMK m. 171’in ikinci fıkrasında “Uzlaştırma ve önödeme kapsamındaki suçlar hariç olmak üzere, Cumhuriyet savcısı, üst sınırı üç yıl veya daha az süreli hapis

⁸⁶⁹ Hakeri, Tıp Hukuku, s. 1189, Erbaş, s. 188.

⁸⁷⁰ Zafer, Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi, s. 1337.

⁸⁷¹ Nuhoğlu, s. 27.

cezasını gerektiren suçlardan dolayı, yeterli şüphenin varlığına rağmen, kamu davasının açılmasının beş yıl süre ile ertelenmesine karar verebilir. Suçtan zarar gören veya şüpheli, bu karara 173 üncü madde hükümlerine göre itiraz edebilir.” hükmüyle Cumhuriyet savcısına kamu davası açılmasının ertelenmesi konusunda verilen takdir yetkisi genişletilmiştir. Çalışmamıza konu olan TCK m. 280 gereği yapılacak soruşturmalarda eğer suç takibi şikayete bağlı değil ve suç için öngörülen hapis cezasının üst sınırı 1 yıl ise cumhuriyet savcısı açıkladığımız takdir yetkisini kullanarak kamu davasının açılmasını erteleyebilecektir.

Bir diğer önemli husus mülga olan CMK m. 251’in “*Basit Yargılama Usulü*” başlığı ile tekrar kanunda yer almasıdır. Hükmün birinci fıkrası gereğince “*Asliye Ceza mahkemeleri iddianamenin kabulünün ardından adli para cezası ve/veya üst sınırı iki yıl veya daha az hapis cezası yaptırımı olan suçlarda*” artık basit yargılama usulü uygulanacaktır. TCK m. 280 için öngörülen ceza bir yıla kadar hapis cezası olduğu için yargılama sürecinde basit yargılama usulü uygulanacaktır.

SONUÇ

Sağlık mesleği mensupları bakımından sır saklama yükümlülüğünü disiplinler arası bir konu olup birçok farklı noktadan ele alınması gerekmektedir. Bu nedenle sır saklama yükümlülüğü hususunun detaylı bir şekilde aydınlatılması ve başta sır, meslek sırrı gibi kavramların doğru yorumlanması gerekmektedir. Kaldı ki globalleşen dünya düzeni kişisel veri hukukunu doğurmuş ve bu sağlık hizmetlerine de yansiyarak kişisel sağlık verisi kavramını doğurmuştur. Bu nedenle sır saklama yükümlülüğünü değerlendirirken bu kavramın da mutlaka değerlendirilmesi gerekmiş ve başta “Kişisel Sağlık Verileri Hakkın Yönetmelik” olmak üzere ilgili düzenlemeler göz önünde bulundurulmuştur. Çünkü bu yeni alanla sağlık hizmetlerindeki teknolojik gelişmeleri de yaygınlaştırmış ve GEBLİZ (Gebe,Lohusa), Aşınat (Yenidoğan ve Aşılama), Kalıtsal Kan Hastalıkları Bildirim, 15-49 Yaş Kadın İzleme, Acil Servis Ünitesi İntihar Girişimi Kayıtları, MORBİD Obez Hasta Bilgi Formu, Hastane Bilgi Yönetimi Sistemleri, TELETIP, USVS, USBs(14 Mart 2012’de güncellenerek USVS 2.0 olarak adlandırılmıştır.) gibi birçok kişisel sağlık verisi işleyen program faaliyete geçirilmiştir.

Elbette yaşanan bu hızlı gelişmeler sağlık mesleği mensuplarının sır saklama yükümlülüğü bakımından meslek etiği ve ceza hukuku çerçevesinde birçok sorunu da beraberinde getirmiştir. Sır ve meslek sırrı kavramı kapsamı giderek genişlerken bir yandan da mevcut yükümlülük karşısında da sağlık mesleği mensupları bakımından bir sorumluluk devam etmektedir.

Öte yandan sır saklama yükümlülüğü de mutlak değildir. Mevzuatımızda: kamu sağlığının korunması adına bulaşıcı hastalıkların bildirilmesi, nüfus politikasının ve sağlık hizmetlerinin iyileştirilebilmesi adına doğum ve ölüm olayları, kürtaj girişimleri ve organ ve doku nakillerinin bildirilmesi, başta adli mercilerin olmak üzere birçok kamu kurum ve kuruluşunun işleyişini sürdürebilmek adına sağlık raporları ve hasta kayıtlarının paylaşımı, bilimsel çalışmaların geliştirilebilmesi için istatistiksel bilginin toplanması, suç ve suçlulukla mücadele ve yargı makamlarının etkin bir şekilde çalışabilmesi için suçun bildirilmesi ve yargı makamlarıyla bilgi ve belge paylaşımı, tanıklık, bilirkişilik, üçüncü kişinin üstün yararının korunabilmesi için meşru müdafaa ve zorunluluk hali gibi birçok durum istisnai hal olarak kabul

edilmiştir. Bu hallerden birinin bulunması ve gerekli koşulların sağlanması halinde artık sır saklama yükümlülüğüne aykırı hareket edildiği öne sürülemeyecektir.

Yukarıda belirttiğimiz istisnalardan suçun bildirilmesinin gerekliliği temel çalışma konumuzu oluşturan TCK m. 280 ile doğrudan bir ilişki içerisinde. Çünkü adliyenin işleyişi ve suç ve suçlulukla mücadele edebilmek maksadıyla kanun koyucu başta TCK m. 278 ve 279 olmak üzere Türk Ceza Kanunu’nda suçun bildirilmemesini suç olarak kabul edilmiştir. TCK m. 280’da ise özellikle sağlık mesleği mensuplarının mesleklerinin doğası gereği suç ve suçlulukla doğrudan temas etmeleri nedeniyle ayrı bir hüküm tahsis edilmiştir. Hükümün tarihsel gelişimine bakıldığında 765 sayılı kanun döneminde 530. maddede yer alan hüküm 5237 sayılı TCK’da birçok açıdan değişikliğe uğradığı görülmektedir.

Suçun hukuki konusu kanımızca yeniden ele alınmalıdır. Doktrinde hangi suçun bildirileceği konusu etik ve teknik farklı açılardan pek çok tartışmaya neden olmuştur. Çalışmamızda detaylı bir şekilde değinilen sorunlar esasen suç tipinde katalog ihdas etmek suretiyle de çözümlenebilecektir. Nitekim karşılaştırmalı hukuka baktığımızda Almanya, Avusturya, Amerika gibi birçok ülkenin kendi kanuni düzenlemelerinde farklı bir bakış açısına sahip olduğunu başta katalog düzenlemeler olmak üzere suçun işlenip işlenmediği, sağlık mesleği mensubunun takdir hakkını kullanabileceği bir durumda olup olmaması gibi kriterler ile ihbar edilmesi gereken suçların kapsamının daraltılmaya çalışıldığı görülmektedir.

Bu suçun failinin kimler olabileceği son derece tartışmalı bir husustur. Bunun nedeni kanun koyucunun hükümde “sağlık mesleği mensubu” gibi geniş bir kavram tercih etmiş olmasıdır. Çünkü sağlık mesleği mensubu kavramı dağınık bir şekilde birçok düzenlemede yer almıştır. Bu nedenle kimlerin bu kapsama dahil edileceği –örneğin; veteriner, psikiyatrist, tıbbi sekreter, biyolog- tartışmalı bir husus haline gelmiştir. Hal böyle iken içtihat da bir birlik olmadığı görülmektedir. Kanaatimizce yukarıda da detaylı bir şekilde değindiğimiz üzere bu karmaşasının giderilebilmesi için sağlık mesleği mensubu kavramının birlik ve bütünlük arz edecek şekilde bir düzenleme içerisinde yer alması gerekli olup bu dağınık mevzuatın gözden geçirilmesi gerekmektedir.

Fail bakımından bir diğer tartışmalı husus sağlık mesleği mensubunun kamu görevlisi olup- olmaması noktasındadır. Doktrinde bu husus tartışmalı olup TCK m. 280’de sağlık mesleği mensubunun kamu görevlisi olup olmaması noktasında bir koşul aranmamaktadır. Kanun koyucu her ne kadar hükmün gerekçesinde bu duruma açıklık getirmek isteyip sağlık mesleği mensubunun kamu görevlisi olması halinde TCK m. 279’un uygulanması gerektiğini ifade etse de kanun hükmü esas olup gerekçe hüküm karşısında bağlayıcı nitelikte değildir.

Kanun hükmünden yola çıkarak denebilir ki; sağlık mesleği mensubu görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşmasına rağmen yetkili makamlara bu durumu *bildirmemesi veya bildirmek hususunda gecikme göstermesi* bu suç tipinin eylem unsurunu oluşturur. Bir başka deyimle yukarıda belirtilen tüm koşullar oluştuğu takdirde sağlık mesleği mensubunun bildirim yükümlülüğü doğacak ve *bildirmemesi veyahut bildirmedi gecikme göstermesi* halinde artık bu suç tamamlanmış olacaktır. Doktrinde bu suçun eylemi bakımından; “gecikme” kavramından ne anlaşılması gerektiği tartışmalı bir husustur. Ne zamana kadar bildirimin yapılabileceği veyahut tıbbi müdahale öncesi mi sonrası yapılması gerektiği noktalarında çeşitli görüşler bulunmaktadır.

Kanaatimizce sağlık mesleği mensubu gerekli tüm müdahaleleri yaptıktan sonra bildirimde bulunmalıdır. Aksi kanaat suçun aydınlatılmasının insan yaşamının üzerinde olduğu kanısı yaratacaktır. Nitekim 765 sayılı Kanun’un 530. maddede “*sanatlarının icabettiği yardımı ifa ettikten sonra*” diyerek sağlık mesleği mensubunun öncelikli görevinin yardımda bulunması olduğu açıkça belirtilmekteydi. 5237 sayılı TCK’da mesleğin doğası gereği zaten olması gerekenin öncelikle mesleğin icrası olması nedeniyle hükümde bu tarz bir ifadeye yer verilmemiştir. Bu sebeple somut olayın özelliklerine göre sağlık mesleği mensubunun belirtiyi bildirmek konusunda elde ettiği ilk fırsat sürenin başlangıcı olarak kabul edilerek ona göre makul bir süre düşünülmelidir.

Gecikme kavramından sonra bir diğer tartışmalı husus “*yetkili makam*” kavramından ne anlaşılması gerektiğidir. Doktrinde bu kavramla ilgili temelde idareye veyahut hastanenin başka yetkili bir birimine yapılacak ihbarın geçerliliği tartışılmaktadır. Burada sağlık mesleği mensubunun kamu personeli olması halinde

idareye ya da hastane polisine yapacağı ihbarın CMK m. 158/4 gereğince yetkili merciye yapıldığını kabul etmek gerekecektir. Ayrıca yetkili merciye yapılan ihbar esnasında sağlık mesleği mensubunun kimliğini açıklama zorunluluğu bulunmamaktadır. Adli organlar yalnızca sağlık mesleği mensubunun ihbarına sahip olmayıp maddi gerçeğin aydınlatılması bakımından tanık beyanları, adli raporlar gibi birçok delil kaynağına da sahiptirler.

Bu suç tipi bakımından detaylı şekilde ele alınan bir diğer husus hata hükümleridir. Hata hükümleri bakımından; sağlık meleği mensubu belirtinin suç oluşturmadığını sanması, belirtinin suçla ilgili olduğunu tespit edememesi, suçun henüz işlenmediğini gelecekte işleneceğini düşünmesi, bildirim yükümlülüğünün zamanı konusunda yanılması, bildirimin hangi merciye yapılacağı, belirtinin var olup olmadığı hususunda yanılma gibi hallerde suçun maddi unsurlarında hata hükmü olan TCK m. 30/1 gündeme gelecektir. Özellikle sağlık mesleği mensubu suçun oluşup oluşmadığı noktasındaki takdir yetkisini mesleki bilgi ve tecrübesine göre kullanacaktır.

TCK m. 30/3'ün uygulanabilmesi için ise; hukuka uygunluğun sebebinde veyahut koşullarında hataya düşme durumu bulunmalıdır. Fail ya mevcut bir hukuka uygunluk sebebinin varlığından haberdar değildir ya da mevcut olmamasına rağmen hukuka uygunluk sebebi varmış gibi hareket edebilir ya da hukuka uygunluk sebebi bulunmaktadır fakat sebepleri konusunda hataya düşülebilecektir. İlk durum 3. fıkra kapsamında değerlendirilecektir.

TCK m. 30/4 bakımından ise; sağlık mesleği mensubu somut olayda çok açık bir şekilde suç işlendiğini gösteren bir belirti ile karşılaşmasına rağmen bildirim yükümlülüğü olmadığını düşünmesi halinde kanaatimizce haksızlık yanılığı hükümlerinden yararlandırılmaması gerekir. Çünkü kanunda açık bir şekilde kanunu bilmemek mazeret sebebi olarak kabul edilmemektedir.

Çalışmamızda bu suça ilişkin içtima hükümleri bakımından birçok suç ile arasındaki ilişkiye değinildi. Öncelikle TCK m. 280 ile TCK m. 257 arasındaki ilişki bir görünüşte içtima hali olan özel norm- genel norm ilişkisidir. Burada hükümlerin arasında aslında özgü suç- genel suç ilişkisi bulunmaktadır. TCK m. 278 herkes

bakımından genel bir suçu bildirmeme suçu iken TCK m. 280 sağlık mesleği mensupları bakımından fail bakımından özgül nitelikte bir suçu bildirmeme suçudur.

Kaldı ki TCK m. 280’de işlenmiş suçlar bakımından bir bildirim yükümlülüğü öngörülürken TCK m. 278 bakımından işlenmekte olan veyahut işlenmiş fakat suçun sebep olduğu neticelerin halen sınırlandırılması mümkün suçları kapsadığından; suçun hukuki konusu bakımından da özel norm niteliği taşımaktadır.

TCK m. 279 ile TCK m. 280 arasındaki içtima ilişkisi bakımından ise; TCK m. 280 bakımından sağlık mesleği mensubunun kamu görevlisi olup olmaması önem arz etmemektedir. Çünkü bu suçların uygulanması bakımından bir sıfatın ayrıca yokluğu değil özellikle sağlık mesleği mensubu olmak veya kamu görevlisi olmak gibi özel sıfatlar aranmaktadır. Bu sebeple sağlık mesleği mensubu aynı zamanda kamu görevlisi olup suçu bildirme yükümlülüğünü ihlal ederse TCK m. 279 değil TCK m. 280 uygulanacaktır.

Son olarak bu suçun yaptırımı hükümde suçun cezasının alt sınırının belirtilmediğinden hapis cezası bakımından genel hüküm olan TCK m. 49 hükmünün birinci fıkrası “*Sürelî hapis cezası, kanunda aksi belirtilmeyen hallerde bir aydan az, yirmi yıldan fazla olamaz.*” dediğinden bu suç bakımından cezanın alt sınırı bir ay olarak kabul edilecektir.

5235 sayılı “*Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun*”un 11. maddesi gereğince bu suç bakımından görevli mahkeme Asliye Ceza Mahkemesidir.

Çalışmamıza konu olan TCK m. 280 gereği yapılacak soruşturmalarda eğer suç takibi şikayete bağlı değil ve suç için öngörülen hapis cezasının üst sınırı 1 yıl ise cumhuriyet savcısı açıkladığımız takdir yetkisini kullanarak kamu davasının açılmasını erteleyebilecektir. Ayrıca CMK m. 251 gereği; TCK m. 280 için öngörülen ceza bir yıla kadar hapis cezası olduğu için yargılama sürecinde basit yargılama usulü uygulanacaktır.

Sonuç olarak bu şekilde münferit bir suçun varlığı isabetli olup yukarıda detaylı bir şekilde değinildiği üzere hükmün gözden geçirilmesi gerekmektedir. Zira hüküm mevcut haliyle içtihatla birliğin önüne geçmekte ve doktrinde birçok tartışmayı

beraberinde getirmektedir. Hükümde yer alan çelişkili ve muğlak hususlar bakımından getirilebilecek çözümlerin neler olabileceği noktasında ilgili bölümlerde görüşlerimize değinilmiştir.



KAYNAKÇA

Adem Sözüer “Hukuki Hata”, Yargıtay Dergisi, Ankara, 1995, Cilt:21, Sayı:4, ss.446-490.

Adli Tıp Uzmanları Derneği, “TCK’nın 530.maddesi Ortadan Kaldırılıyor!”, TCK Reformu, İkinci Kitap, Makaleler Görüşler, Raporlar, Editör: Teoman Ergül, Türkiye Barolar Birliği, Eylül 2004, ss. 241-242., http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/tck_reformu2.pdf, (12.04.2020),

AIDS, İnsan Hakları ve Yasalar Türkiye’de AIDS Konusundaki Yasal Düzenlemeler ve Öneriler, Türkiye HIV/AIDS Önleme ve Destek Programı, <https://pozitifyasam.org/wpcontent/uploads/Kitaplar/AIDS,%20%C4%B0nsan%20Haklar%C4%B1%20ve%20Yasalar.pdf>, (12.04.2020).

AIDS, İnsan Hakları ve Yasalar Türkiye’de AIDS Konusundaki Yasal Düzenlemeler ve Öneriler, Türkiye Hiv/Aids Önleme ve Destek Programı, s. 55-56, <https://pozitifyasam.org/wpcontent/uploads/Kitaplar/AIDS,%20%C4%B0nsan%20Haklar%C4%B1%20ve%20Yasalar.pdf>, (12.04.2020).

Akbulut, Berrin, Türk Ceza Hukuku Temel Bilgiler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

Akgül, Aydın, Danıştay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014, <https://www.hukukihaber.net/kisisel-verilerin-korunmasi-kanunu-son-tasarisi-makale,3742.html>, (09.02.2020).

Aksoy, Ercüment, Gürsel Çetin, Mehmet Akif İnancıcı, Oğuz Polat, M. Şevki Sözen ve Fatih Yavuz, “Aile İçi Şiddet”, Adli Tıp Ders Notları, <https://www.ttb.org.tr/eweb/adli/6.html>, (27.02.2020).

Aksoy, Hüseyin Can, Medeni Hukuk ve Özellikle Kişilik Hakkı Yönünden Kişisel Verilerin Korunması, Çakmak Yayınevi, Ankara, 2010.

Aktaş, Batuhan, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Açısından Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu, Dar Yayınları, İstanbul, 2017.

Akyürek, Güçlü, Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1. Baskı, 2011.

Aldemir, Hüsnü, Ceza Hukuku Genel Hükümleri Rehberi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

Aral, Fahrettin ve Hasan Ayrancı, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 11. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2018.

Argüden, Yılmaz ve Burak Erşahin, Veri Madenciliği (Veriden Bilgiye, Masraftan Değere), ARGE Danışmanlık Yayınları No: 10, 1. Basım, İstanbul, Kasım 2008, <https://arge.com/kitaplar/veri-madenciligi.pdf>, (11.02.2020).

Arslan, Çetin ve Bahattin Azizağaoğlu, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2004.

Arslan, Çetin, Avrupa Birliği Hukukunda Kişisel Verilerin Üçüncü Ülkelere Aktarılması, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayını No: 70, Galatasaray Hukuk Fakültesi Yayını No: 49, Cilt:1, 2010, ss. 447-487.

Artuk, Mehmet Emin ve Ahmet Gökçen, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.

Artuk, Mehmet Emin ve Ahmet Gökçen, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 15. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

Aşçıoğlu, Çetin, Doktorların Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Olgaç Matbaası, Ankara, 1982.

Atabek, Emine M., Tıbbi Deontoloji Konuları, İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1983.

Atabek, Reşat ve Merih Sezen, “Hekimin Mesuliyeti”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:39, Sayı:2, İstanbul, 1954, ss.135-165.

Ayan, Mehmet, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Kazancı Matbaacılık, Ankara, 1991.

Aydın, Erdem “Hekimin Sır Saklama ve İhbar Yükümlülüğü”, Katkı Pediatri Dergisi, Cilt:22, Sayı:3, 2002, ss. 302-311.

Aydiner, Ahmet Hüsamettin, “Bursa’daki Hekimlerin Hasta Haklarına Yaklaşımı”, (Yayınlanmamış Tıpta Uzmanlık Tezi), Uludağ Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı, Bursa, 2006.

Aydoğdu, Murat ve Nalan Kahveci, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), Adalet Yayınevi, 4. Bası, Ankara, 2019.

Bayraklı, Hasan Hüseyin ve Ahmet Bozdağ, “Türk Ceza Hukukunda Teşebbüse Elverişlilik Sorunu ve Vergi Suçlarının Teşebbüse Elverişlilik Açısından Değerlendirilmesi”, Maliye Dergisi, Sayı:158, Ocak-Haziran 2010, s.15-34., https://ms.hmb.gov.tr/uploads/2019/09/02.Hasan_Huseyin.BAYRAKLI_Ahmet_BOZDAG.pdf, (08.05.2020),

Bayraktar, Köksal, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul Üniversitesi Yayınları, Sermet Matbaası, İstanbul, 1972.

Belgesay, Musatafa Reşit, Tıbbi Mesuliyet, Sıralar Matbaası, İstanbul, 1953.

Bilge, Necip, Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1971.

Birtek, Fatih, Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

Birtek, Fatih, AİHM, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Işığında Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

Birtek, Fatih, Tamamı Örnek Olaylarla Açıklanmış Ceza Hukuku (Genel Hükümler) Temel Bilgiler, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.

Boran, Bedia “Estetik Cerrahi Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, II. Sağlık Kurultayı, Ankara 7-8 Kasım 2008, Ankara Barosu Yayınları, Ankara. 2008, ss. 253-260.

Bulut, Pınar, “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi”, “Sağlık Hukuku Makaleleri”, (10-17 Eylül 2011 Orhan Apaydın Konferans Salonu), 1. Bası, İstanbul Barosu Yayınları, Nisan 2012, ss. 83-104.

Büyükcay, Yusuf, “Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü”, A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:8, Sayı:1-2, Ankara, 2004, ss. 383-396.

Can, İsmail Özgür, Mehmet Hakan Özdemir ve Neşe Direk, “Adli Olgu Bildirimiyle İlgili İkilemlerde Hekimlerin Tutumları”, Adli Tıp Bülteni, Cilt:23, Sayı:1, 2018, ss. 1-5.

Canpolat, Can, Kusur İlkesi ışığında Mazeret Nedeni Olarak Zorlayıcı Cebir, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

Celep, Hülya Bozdemir, “Sağlık Çalışanlarının Suçun Bildirimi Konusunda Bilgi ve Tutumlarının Değerlendirilmesi”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Cerrahi Hastalıkları Hemşireliği Anabilim Dalı, , İstanbul, 2013.

Cihan, Seda “Hekimlerce Kullanılan Elektronik Kayıt Sisteminin Değerlendirilmesi: Bir Vakıf Üniversitesi Hasta Örneği”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2013.

Cumhur Şahin, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005.

Çakmut, Özlem Yenerer “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m.280)”, Doç. Dr. Mehmet Somer’in Anısına Armağan, İstanbul, 2006, ss. 1051-1060.

Çayköylü, Ali ve Aslıhan İbiloğlu , “Türkiye’de ruh sağlığı çalışanlarının sır saklama ile ilgili düşünce ve yaklaşımları”, Anadolu Psikiyatri Dergisi, Cilt:10, Sayı: (EK 1), 2009, ss. 89-91.

Çobanoğlu, Nesrin Kurumsal ve Uygulamalı Tıp Etiği, Eflatun Yayınevi, Ankara,2009.

Çolak, Muhtar, Kürtaj, Babil Yayınları, 1. Bası, İstanbul, 2008.

Demir, Mehmet, “Hekimlik Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğun Koşulları”, I. Sağlık Kurultayı, (Ankara 1-3 Kasım 2007), Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2008, ss. 153-160.

Demir, Mehmet, Hekim ve Hastahane Yönünden Tıbbi Sorumluluk Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.

Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Güncellenmiş 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

Demirtaş, Soner, “Türk Hukukunda Suç Olmaktan Çıkarma ve Ceza Vermekten Kaçınma Eğilimi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, Cilt:21, Özel Sayı, 2019, ss. 491-515.

Deryal, Yahya, “Hekimin “Sır Saklama” ve “İhbar” Yükümlülükleri”, <http://www.aktuelpsikoloji.com/hekimin-sir-saklama-ve-ihbar-yukumlulukleri-2714h.htm>, (05.04.2020).

Doğan, Cahid, Sağlık Haklarından Hekimin Sır (Kişisel Veri) Saklama Mükellefiyeti, I. Sağlık Kurultayı, Ankara 1-3 Kasım 2007, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2008, ss.105-149.

Doğan, Murat “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu, 6-17 Ocak 2009- Mersin, Mersin Barosu Yayını, Ankara, 2009, ss.41-60.

Donay, Süheyl ve Mahmut Kaçıkçı, En Son Değişikliklerle Açıklamalı ve Karşılaştırmalı Türk Ceza Kanunu, Beta Yayınları, 1, Bası, İstanbul, Kasım 2005.

Donay, Süheyl, Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005.

Donay, Süheyl, Doktorun Hukuki Sorumluluğu, İstanbul İktisadi ve Ticari İlimler Dergisi, Sayı:20, İstanbul, 1968.

Donay, Süheyl, Meslek Sırrının Açıklanması Suçu, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1978.

Dönmez, Burcu, "Hayvanlara Yönelik İşlenen Suçlar", Journal of Yaşar University, Cilt:8, Sayı: Özel, Haziran 2013, ss.903-925., <https://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/25-Burcu-D%C3%96NMEZ.pdf>, (06.05.2020).

Dönmezer, Sulhi, "Suç Siyaseti", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer'e Armağan, 1986-1987, Cilt:52, Sayı: 1-4, ss. 1-33.

Dönmezer, Sulhi, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 16. bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2001.

Durdu, Hüseyin, Sağlık Hukuku Sağlık Meslek Mensubunun Tanımı-Yetki-Görev-Hak ve Yükümlülüğü, Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul, Kasım 2014.

Dülger, Volkan, Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, Hukuk Akademisi Yayınları, İstanbul, 2019.

Er, Ünal, Sağlık Hukuku, Savaş Yayınevi, 1. Baskı, Ocak 2008.

Erbaş, Rahime, Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukuktan Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğü, İstanbul Ceza Hukuku ve Kriminoloji Arşivi, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2015.

Erdem, Mustafa Ruhan "Suçu Bildirmeme Suçu", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 80, Ankara, 2009, ss. 105-120.

Erdoğan Çetin, Zeynep, Aslıhan Teyin, Birkan Birben, Bilal Çetin, Göksel Gültekin Şahiner ve Mehmet Hamamcı, "Acil Serviste Düzenlenen Adli Raporların Değerlendirilmesi", Bozok Tıp Dergisi, Cilt:8, Sayı:4, 2018, ss. 34-40.

Erdoğan, Yavuz, “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmeme Suçu”, Legal Hukuk Dergisi, Sayı:76, Nisan 2009, ss. 1103-1113.

Erem, Faruk, “Avukatlık Sırrı”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı:5, Ankara, 1969, ss. 838-841.

Erem, Faruk, “Ceza Hukukunda Meslek Sırrı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı:1, Ankara, Mart 1943, ss. 35-72.

Erem, Faruk, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, Feryal Matbaacılık, Cilt:3, Ankara, 1993.

Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, 4. Bası, Ankara, 2017.

Erman, Hasan, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, Bülent Davran’a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını, No:6, İstanbul, 1998, ss. 143-153.

Fevzioğlu, Metin, “Belirtilerin Şüphenin Yenilenmesindeki İşlevi ve Benzer İstinadlara Ait Delil Araçlarının Somut Olayın Çözümünde Birlikte Değerlendirilmesi”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı:1, 2000, ss. 19-46.

Fevzioğlu, Metin, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, USA Yayıncılık, Ankara, 1996.

Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin, Borçlar Hukuku, 2. Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri, Cilt:1, 4. Bası, İstanbul Üniversitesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980.

Gişi, Selçuk, “Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Kabahatler Kanunu”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:8, Sayı:1, 2017, ss. 129-152.

Giyik, Abdalbaki “Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü ile Suçu Bildirme Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüklerin Çatışması”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt.9, Sayı:2, 2014, ss. 176-213.

Gönen, Doruk, Tüzel Kişilerde Kişilik Hakkı ve Korunması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.

Güleç, Sesim Soyer, “Türk Ceza Kanununda Haksızlık Yanılgısı (m. 30/4)” , Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 10, Sayı 1, 2008, ss. 59-91.

Gültekin, Nil Melek, Kişisel Verilerin Ceza Hukuku Yönünden Korunması, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, Mayıs 2012.

Gültekin, Özkan “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt:6, Sayı:19, 2016, ss. 103-113.

Günday, Harun Mirsad, Psikiyatristin Hukuki Sorumluluğu, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.

Gündel, Ahmet, Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması, Cilt:4, (Madde 207-345), Ankara, 2009.

Gündüz, Tarık ve Ömür Elçioğlu, “ İnsan Yaşamını Korumakla Yükümlü Olan Hekim Hastasını İhbar ile Yükümlü Kılınabilir mi?”, Türkiye Klinikleri Journal of Medical Ethics, Sayı:13, 2005, ss. 187-190.

Güney, Niyazi, Kenan Özdemir ve Yusuf Solmaz Balo, Yeni Türk Ceza Kanunu, Adil Yayınevi, Ankara, Kasım 2004.

Güven, Vesile, Sağlık Hukukunda Tıbbi Kayıtların Tutulmasından ve Saklanması Doğan Sorumluluk, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

Hafizoğulları, Zeki ve Bülent Hayri Acar, “Suçu Bildirmeme Suçları”, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:2, Sayı:1, Ocak 2016, ss. 179-199.

Hafizoğulları, Zeki ve Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, USA Yayıncılık, Ankara, 2010.

Hafizoğulları, Zeki ve Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (Millete ve Devlete Karşı Suçlar), 1. Baskı, USA Yayıncılık, Ankara, Kasım 2016.

Hafizoğulları, Zeki, “Kusurluluğu Kaldıran Bir Neden Olarak Ceza Hukukunda İstenemezlik İlkesi (Nichtzumutbarkeit/L’Inesigibilità)”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:57, Sayı:3, 2008, s. 337-370, <http://kutuphane.dogus.edu.tr/mvt/pdf.php>, (14. 05. 2020).

Hakeri, Hakan, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suç Çeşitleri, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003.

Hakeri, Hakan, “Hastane Yönetiminin Sorumluluğu”, I. Sağlık Kurultayı, 1-3 Kasım 2007, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2008, ss. 161-171.

Hakeri, Hakan, “Hekimin Yükümlülükleri”, Kuzey Kıbrıs Türkiye Cumhuriyeti Lefke Avrupa Üniversitesi, II. Sağlık Sempozyumu, 17-18 Mayıs 2010, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, ss. 19-95.

Hakeri, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

Hakkoymaz, Hakan, Hamit Sırrı Keten, Selahattin Artuç, Hüseyin Üçer, Selim Bozkurt, Mehmet Okumuş ve Alper Keten, “Acil Serviste Düzenlenen Adli

Raporların Türk Ceza Kanunu Kapsamında Değerlendirilmesi”, Kartal Eğitim ve Araştırma Hastahanesi Tıp Dergisi, Cilt:25, Sayı:3, 2014, ss. 177-180.

Hancı, Hamit, Malpraktis Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara, 2006.

Hatemi, Hüseyin, Rona Serozan ve Abdulkadir Arpacı, Borçlar Hukuku (Özel Bölüm), Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992.

Hatun, Şükrü, Hasta Hakları Temel Belgeler, 1. Bası, İletişim Yayınları, İstanbul, 1999.

Hızal, Sevinç Arslan “Türk Ceza Kanununda Sağlık Personelinin İhbar Yükümlülüğü”, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt:5, Sayı:13, Ağustos 2010, ss. 125-149.

Hızal, Sevinç Arslan, “Türk Ceza Kanunun’daki Düzenlemeler Işığında Psikiyatristlerin İhbar Yükümlülüğü ve Hasta Mahremiyetinin Sınırları”, IV. Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2018, ss.563-603.

İçel, Kayıhan Suçların İctimai, Sermet Matbaası, İstanbul, 1972.

İçel, Kayıhan ve A. Hakan Evik, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Kitap, İstanbul, 2007.

İçel, Kayıhan, “İdari Ceza Hukuku ve Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Fakülteler Matbaası, Cilt:50, Sayı: 1-4, 1984, ss. 117-131.

İplikçi, Huriye Elif, “Türk Ceza Hukukunda Suçu Bildirmeme Suçları”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku, Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, 2010.

İtişgen Rezzan, “Türk Ceza Hukukunda Kişisel Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme veya Ele Geçirme Suçu”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 6, Sayı:23, Ankara, Ekim 2015, ss. 179-202.

İzgi M. Cumhur, “ Mahremiyet Kavramı Bağlamında Kişisel Sağlık Verileri”, Türkiye Biyoetik Dergisi, Cilt:1, Sayı:1,2014, ss. 25-37.

Kalabalık, Halil, İnsan Hakları Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.

Kangal, Zeynel Temel Zorunluluk Durumunun Ceza Sorumluluğuna Etkisi, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, 2006.

Karahan, A. Burak, “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m. 280)”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt:25, Sayı:2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Aralık 2019, ss. 948-978.

Karasu, Sinem, Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009.

Karataş, Mehmet, Adnan Ataç, Muharrem Uçar ve Muhammed Nabi Kantarcı, “HIV Pozitif Kişilerin Eşlerin Hastalığı Bildirme(me)nin Yasal ve Etik Açından Değerlendirilmesi”, İnönü Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi, Cilt:17, Sayı:3, 2010, ss.215-222.

Katoğlu, Tuğrul, “Ceza Hukuku Bakımından Çoğul Gebeliklerin Kısmi Sonlandırılması”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof.Dr. Erden Kuntalp’e Armağan, Sayı:2, 2004, ss.269-292,

http://repository.bilkent.edu.tr/bitstream/handle/11693/50613/Ceza_hukuku_bak%C4%B1m%C4%B1ndan_%C3%A7o%C4%9Ful_gebeliklerin_k%C4%B1smi_sonland%C4%B1r%C4%B1lmas%C4%B1.pdf?sequence=1&isAllowed=y,
(07.05.2020)

Kavza, Uğur, Veri Madenciliğinde Mahremiyetin Sağlanması, Gebze Yüksek Teknoloji Enstitüsü Mühendislik ve Fen Bilimleri Enstitüsü Bilgisayar Mühendisliği Ana Bilim Dalı, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Gebze, 2010.

Keten, Alper, Ferhat İçme, Metin Eser, İbrahim Kılınç ve Ali Rıza Tümer, “Acil Serviste Düzenlenen Adli Raporların Türk Ceza Kanunu Kapsamında Değerlendirilmesi”, Türk Tıp Dergisi, Cilt:5, Sayı:3, 2011, ss. 94-99.

Kitiş, Yeter ve Sema Şanlıoğlu Bilgici, “Bir Aile İçi Şiddet Olgusu; Sır Tutma İlkesi ile Şiddeti İhbar Etme Yükümlülüğü Arasındaki Etik İkilem”, Aile ve Toplum, Eğitim Kültür ve Araştırma Dergisi, Yıl:9, Cilt:3, Sayı:11, Ocak-Şubat-Mart 2007, ss. 7-11.

Koca, Mahmut ve İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

Koca, Mahmut ve İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

Kocasakal, Ümit, Suçu Bildirmeme Suçları (TCK m. 278,279,280), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.

Koç, Furkan, “Türk Ceza Hukukunda Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmeme Suçu (TCK m.280)”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Programı, Ankara, 2019.

Kolcu, Selahattin, Suçu Bildirmeme Suçu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.

Kolenoglu, Mustafa “Sağlık Mesleği Mensuplarının Sır Saklama ve Suçu Bildirme(İhbar) Yükümlülüğü”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, Sosyal Bilimler Anabilim Dalı, İstanbul, 2009.

Korkmaz, İbrahim, Kişisel Verilerin Ceza Hukuku Kapsamında Korunması, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara, 2019.

Köprülü, Ömer, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:58, Sayı:11-12, İstanbul, 1984, ss. 589-613.

Köse, Aysun Melike, Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu (TCK m. 135), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1. Baskı, 2018.

Küzeci Elif, Kişisel Verilerin Korunması, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018.

Langmack, H. “Ceza Hukuku Açısından Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü” Çeviren: Erdener Yurtcan, İHFD, Cilt:39, Sayı:1-4, 1974, ss. 451-464.

Mahmutoğlu, Fatih Selami, “Çocuklara Yönelik Cinsel İstismar Suçu ve Bu Yolla Bulaşan Hastalıkların Ceza Hukuku Açısından İrdelenmesi ve Bu Kapsamda Mağdur Çocukların Ceza Yargılamasındaki Özel Konumu – Bu Süreçte Hekimlerin Hak ve Yükümlülükleri Bağlamında Karşılaştıkları Birtakım Olası Hukuksal Sorunlar”, 9. Prof. Dr. Faruk Nemlioğlu Dermatolojide Gelişmeler Sempozyumu (22-25 Haziran 2011), Dermatolojide Gelişmeler 9. Kitabı, ss. 323-348.

Mahmutoğlu, Fatih Selami ve Serdar Talas, “Avukatların Görev Suçları ve Yargılanması Rejimi”, İstanbul Barosu Dergisi, Özel Sayı:1, Ocak 2007, İstanbul, ss. 12-20.,

<https://www.istanbulbarosu.org.tr/YayinDetay.aspx?ID=463&desc=%C3%96zel-Say%C4%B1-1:Ceza>, (23.02.2020).

Mahmutoğlu, Fatih Selami, “5237 s. Türk Ceza Kanununda Hukuka Uygunluk Nedenleri”, Hukuk ve Adalet Dergisi, Sayı: 5, Nisan 2005, ss. 42-60.

Meraklı, Serkan, “Mazeret Sebeplerinin Türk Ceza Kanunu Bakımından Değerlendirilmesi”, Ceza Hukuku Dergisi, Sayı:12, Nisan 2010, ss. 261-302.

Metin, Bayram, “Sağlık Hakkı”, Sağlık Akademisyenleri Dergisi, Cilt:4, Sayı:1, 2017, ss. 46-50.

Musoğlu, Erdal, Mehmet T. Kitapçı ve Tamer Çalıkoğlu, “İkibinli Yıllar Türkiye’inde Sağlıkta Bilgi Stratejileri; Tıp Bilişimi Derneği Çalışma Grupları Sonuç Raporu”, Ulusal Sağlık Tanımlayıcısı ve Elektronik Sağlık Kayıtları, TÜBİTAK Yayınları, Ankara, 2001, <https://turkmia.net/file/ikibinli-yillar.pdf>, (11.02.2020).

Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, 8.Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2015.

Nuhoğlu, Ayşe, “Sağlık Mesleği Mensubunun Suçu Bildirme Yükümlülüğü (TCK m. 280)”, Sağlık Hukuku’nda Dünyadaki Son Gelişmeler, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 2009, ss. 17-32.

Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 4. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2006.

Oğuz, N. Yasemin “İşyeri Hekimliği ve Etik”, Anadolu Tıp Fakültesi Dergisi, Kasım 1999; Özel Sayı, Cilt:1, Sayı:1, ss. 71-74., <http://www.yaseminyalim.com/yayinlar/>, (10.03.2020).

Oğuz, N. Yasemin, “Hasta Hakları Alanındaki Gelişmeler ve Değişen Değerler”, Türkiye Klinikleri Tıbbi Etik Dergisi, Cilt:5, Sayı:2, Ağustos 1997, ss. 50-55, <https://www.turkiyeklinikleri.com/journal/tip-etigi-hukuku-tarihi-dergisi/1303-4332/issue/1997/5/2-0/tr-index.html>, (22.02.2020).

Osman Yaşa, Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt:6, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.

Ozanoğlu, Hasan Seçkin, “Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:52, Sayı:3, Ankara, 2003, ss. 55-77.

Öncü Arsan, Gülay, Özel Yaşama ve Aile Yaşamına saygı Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi(8), Avrupa Konseyi Yayınları, Ocak 2019.

Önder, Ayhan, “Ceza Muhakemeleri Usulü Hukukunda Şahitlikten Çekinme Hakkı”, İHFM, Cilt:29, Sayı:4, ss. 876-932.

Özaslan, Abdi, “Adli Raporların Hazırlanmasında Dikkat Edilecek Hususlar”, İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Etkinlikleri, “Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi”, Sempozyum Dizisi, No:48, Şubat 2006, ss. 185-192.

Özbek, Veli Özer ve Koray Doğan, “Zorunluluk Halinin (TCK m.25/2) Hukuki Niteliği”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Sayı 2, 2007, ss. 195-222.

Özbek, Veli Özer, “Elektronik Ortamda Saklı Bulunan Verilerin Ceza Muhakemesinde Delil Niteliği ve Değerlendirilmesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:59, Sayı:1-2, İstanbul, 2001, ss. 181-202.

Özbek, Veli Özer, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ağustos 2019.

Özbek, Veli Özer, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.

Özdemir, Hayrunnisa, “Hadım Etme ve Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü”, III. Sağlık Kurultayı, 7-8 Mayıs 2010, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2011, ss. 125-164.

Özek, Erman ve Çetin, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Dünya Yayınevi, İstanbul, 1994.

Özel, Çağlar “Türk Hukukunda Estetik Cerrah ile Hasta Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği”, II. Sağlık Kurultayı, Ankara 7-8 Kasım 2008, Ankara Barosu Yayınları, Ankara. 2008, ss. 241-252.

Özen, Mustafa, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

Özen, Mustafa, Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

Özgenç, İzzet ve İlhan Üzülmöz, Ceza Genel Hukuku, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

Özgenç, İzzet, “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğünün Kapsam ve Sınırları”, Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi, *Aralık-Ocak-Şubat* 2007-2008, Sayı: 5, ss. 98-99, (<http://www.sdplatform.com/Dergi/169/Saglik-meslegi-mensuplarinin-sucu-bildirme-yukumlulugunun-kapsam-ve-sinirlari.aspx>), (22.03.2019)

Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 15. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

Özgüç, Levent Emre, “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m. 280)”, İstanbul Hukuk Mecmuası, Cilt:77, Sayı:2, ss. 999-1040.

Özpınar, Berna. “Hekimlerin Yapay Döllenmelerde Hukuki Sorumluluğu”, II. Sağlık Kurultayı, (Ankara 7-8 Kasım 2008), Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2008, ss. 33-56.

Öztürk, Bahri, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma, Yasemin F. Saygılar Kırıt, Özdem Özaydın, Esra Alan Akcan ve Efser Erden, Nazari ve Uygulamaları Ceza Muhakemesi Hukuku, Güncellenmiş 13. Baskı, Seçkin yayıncılık, Ankara, 2019.

Öztürk, Nejat, Türk Ceza Kanunu Şerhi ve Tatbikatı, Cilt:3, Balkanoğlu Matbaacılık, Ankara, 1996.

Öztürkler, Cemali, Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara, 2006.

Parlar, Ali ve Muzaffer Hatipoğlu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, Seçkin Yayıncılık, 3. Bası, Cilt:4, Ankara, 2010.

Pazarcı, Ayşe Almıla, “Hasta Hakları ve İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Sorumluluğu”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kırıkkale, 2007.

“Sağlık Çalışanları İçin Sağlık Hizmetinde Gizliliğe ve Mahremiyete İlişkin Avrupa Rehber Kuralları”, <http://www.hayad.org.tr/saglik-calisanlari-icin-saglik->

hizmetinde-gizlilik-ve-mahremiyete-iliskin-avrupa-rehber-kurallari,
(10.03.2020).

Savaş, Halide, “Sağlık Mesleği Mensubunun Gerçeğe Aykırı Belge Düzenlemesi Eyleminde Ceza ve Tazminat Sorumluluğu Boyutlarının Doktrin ve Uygulama Açısından Değerlendirilmesi”, Sağlık Hukuku Digestası, Ankara Barosu Yayınları, Yıl:1, Sayı:1, 2009, ss. 277-325.

Sayek, Füsun, TTB Raporları Sağlıkla İlgili Uluslararası Belgeler, Türk Tabipler Birliği Yayınları, Ankara, Ekim 2009, <https://www.ttb.org.tr/kutuphane/belgeler2009.pdf>, (19.02.2020).

Sert, Gürkan, “Özel Hayatın Gizliliği Hakkının Tıp Etiği Açısından Önemi ve HIV ile Yaşayanlar”, Pozitif Yazılar, Pozitif Yaşam Derneği, İstanbul, 2007, ss. 200-228.

Sert, Gürkan, “Sağlık Hizmetlerinde Meslek Sırrı ve Tanıklıktan Çekinme”, Uluslararası Katılımlı 3. Ulusal Tıp Etiği Kongresi Kongre Kitabı, Cilt:2, Bursa 2003, ss.851-862.

Sert, Gürkan, Tıp Etiği ve Mahremiyet Hakkı, Babil Yayınları, İstanbul, 2008.

Sert, Gürkan, Uluslararası Bildirgeler ve Tıp Etiği Açısından Hasta Hakları, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

Sert, Şeyma, Kişisel Verilerin Türk Ceza Kanunu Kapsamında Korunması, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

Sevük, Handan Yokuş, “Tıp Ceza Hukukunda Kişisel Verilerin Açıklanması”, V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, TBB Yayınları, Ankara, 2008, ss. 782-811.

Soyaslan, Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2005.

Sözüer, Adem, “Türk Ceza Kanunu’nda Öngörülen Mazeret Sebeplerine İlişkin Soru ve Cevaplar”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:18, Sayı:2, 2014, ss.230-233. , <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ahbvuhfd/issue/48103/608287>, (07.05.2020).

Sungurtekin Özkan, Meral, Avukatlık Mesleği ve Avukatın Hak ve Yükümlölükleri, 2. Baskı, Fakülteler Kitapevi, İzmir, 1999.

Sütlaş, Mustafa, Hasta ve Hasta Yakını Hakları, Birinci Basım, Çivi yazıları, Merdan Matbaası, İnsan Hakları Dizisi, İstanbul, 2000.

Şahin, Cumhur ve Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku II, Seçkin Yayıncılık, Gözden Geçirilmiş 8. Bası, Ankara, 2019.

Şare, Ersin, “Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:130, 2017 ss.119-156, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2017-130-1657>, (08.05.2020).

Şen, Ersan, “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Son Tasarısı”, <https://www.hukukihaber.net/kisisel-verilerin-korunmasi-kanunu-son-tasarisi-makale,3742.html>, (09.02.2020).

Şenocak, Zarife, Tıbbi Kayıtların Tutulmasından Doğan Hukuki Sorumluluk, III. Sağlık Kurultayı, 7-8 Mayıs 2010, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2011, ss. 622-632.

Şimşek, Oğuz, Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2008.

T.C. Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu, Ankara, Şubat 2005.

Tandoğan, Haluk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Kendine Özgü Yapısı Olan ve Karma Sözleşmeler, Satış ve Çeşitleri, Trampa, Bağışlama, Cilt: I/1, 6. Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.

Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İstisna (Eser) ve Vekalet Sözleşmeleri, Vekaletsiz İş Görme, Kefalet Ve Garanti Sözleşmeleri, Cilt:2, Ankara, 1982.

Taşatan, Caner, Hekimin Kayıt Tutma Yükümlülüğü Kapsamında Tıbbi Kayıtlar, On iki levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, 2017.

Taşkın, Ahmet, Organ ve Doku Nakillerinde Hekimin Cezai Sorumluluğu, Adil Yayınevi, Ankara, 1997.

Temel, Erhan, “Alman Hukukunda Estetik Cerrah ile Hasta Arasındaki İlişki,” II. Sağlık Kurultayı, Ankara 7-8 Kasım 2008, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2008.

Temiz, Özgür, Türk Hukukunda Sağlık Hakkı ve Bir Kamu Hizmeti Olarak Sağlık, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2013.

Terzioğlu, Arslan, Tıbbi Deontoloji ve Biyometikal Etik’in Ana Hatları, “Tıbbi Etik Açısından Hasta Hakları ve Hekim Sırrı”, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1998.

Tezcan, Durmuş, “Bilgisayar Karşısında Özel Hayatın Korunması”, Anayasa Yargısı Dergisi, Sayı:8, Anayasa Mahkemesinin 29. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu, Ankara, 25-27 Nisan 1991, ss. 385-392.

Tezcan, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem ve R. Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

Toroslul, Nevzat ve Metin Fevzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınları, Ankara, 2008.

Toroslul, Nevzat, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970.

Tosun, Öztekin Türk Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt:1, 4. Baskı, Acar Matbaacılık, İstanbul, 1984.

Tozman, Önder, “İhmal Suçlarında Teşebbüs ve Gönüllü Vazgeçme”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:84, 2009, ss.91-126., http://portal.ubap.org.tr/App_Themes/Dergi/2009-84-546.pdf, (08.05.2020).

Tunçomağ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Sermet Matbaası, 2. Cilt, İstanbul, 1977.

Turan, Metin, Karşılaştırmalı Hukukta Kişisel Verilerin Korunması, Güncellenmiş İkinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

Turhan, Faruk, Ceza Muhakemesi Hukuku, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2006.

Türk Tabipler Birliği, İcapçılık Yükümlülüğü, Türk Tabipler Birliği Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 2016, https://www.ttb.org.tr/kutuphane/icapcilik_rapor.pdf, (03.05.2020).

Türkiye’de Çocuk İstismarı ve Aile İçi Şiddet Araştırması (Özet Rapor), 2010,, <http://www.unicef.org.tr/files/bilgimerkezi/doc/cocuk-istismari-raporu-tr.pdf>, (27.02.2020).

Ünver, Yener ve Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku (3 Cilt), 15. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

Ünver, Yener, “İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma” (TCK’da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar), Güncellenmiş 5. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.

Ünver, Yener, “YTCK’da Kusurluluk” , Ceza Hukuku Dergisi, Cilt:1, Sayı:1, Eylül 2006, ss. 37-73.

Ünver, Yener, Hekimin Cezai Sorumluluğu, 7 Bölge 7 Nokta Roche Sağlık Hukuku Günleri 1, İstanbul, Temmuz 2007, ss. 162-199.

Üzülmez, İlhan, “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu”, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları (V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu), TBB Yayınları, Ankara, 2008, ss. 823-864.

Yağlıdere, Umut, “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK. M. 280), Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:6, Sayı:1, Haziran 2018, ss. 59-79.

Yarsuvat, Duygun ve Köksal Bayraktar, “Yeni Türk Ceza Kanunundaki Bazı Suçlar Karşısında Tıbbi Uygulamaların Durumu” , Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan, Yıl:3, Cilt:2, Kamu Hukuku, 2004, ss.63-86., <http://dosya.gsu.edu.tr/Sayfalar/2015/4/erdenkuntalp2-368.pdf>, (05.04.2020).

Yaşar, Yusuf “Bir Suçun İspatı Amacıyla İletişimin Kayda Alınmasının Hukuki Niteliği”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:4, Sayı:4, Ankara, Temmuz 2013, ss. 353-396.

Yavuz İpekyüz, Filiz, Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006.

Yavuz, Cevdet, Faruk Acar ve Burak Özen, Borçlar Hukuku (Özel Hükümler), Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018.

Yenisey, Feridun ve Ayşe Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuku, Güncellenmiş 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ağustos 2019.

Yıldız, Ali Kemal, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu (Açıklamalar Değerlendirmeler Öğretiden Görüşler ve Yargıtay Kararları), 1. Bası, İstanbul, 2007.

Yıldız, Pervin, Adli Bilimciler Derneği I. Ulusal Sağlık Hukuku Kongresi, Marmaris 01.04 Mayıs 2014, “ Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü” Seçkin Yayıncılık, Nisan 2015, Ankara, ss. 191-213.

Yılmaz, Battal, Açıklamalı- İçtihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Adalet Yayınları, 3. Baskı, Ankara, 2017.

Yılmaz, Sabire Senem, Tıp Alanında Kişisel Verilerin Açıklanması Suçu, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.

Yurtcan, Erdener, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, Güncelleştirilmiş 9. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

Yurtcan, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005.

Yurtcan, Erdener, Türk Hukukunda Kürtaj ve Uygulanması, Beta Yayınevi, İstanbul, 1985.

Yüce, Turhan Tufan, “Ceza Yargılama Hukukunda Meslek Adamının Tanıklıktan Çekinme Hakkı”, Yargıtay Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 1-2, Ocak-Nisan 1980, ss. 51-62.

Zafer, Hamide, “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK M. 280)”, İ.Ü. Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 71, Sayı: 1, Prof. Dr. Füsun Sokullu Akıncı’ya Armağan, İstanbul, 2013, ss. 1327-1352.

Zafer, Hamide, Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması (TCK m. 132-134), Beta Yayınları, İstanbul, 2010.

Zevkliler, Aydın ve K. Emre, Gökyayla, Borçlar Hukuku- Özel Borç İlişkileri, Turhan Kitapevi, 18. Bası, Ankara, 2018.

Zeytin, Zafer, “Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumlulukta İspat Yükü Kuralının Ters Çevrildiği ve Kolaylaştırıldığı Haller (İspat Yükü)”, Uluslararası Katılımlı 1. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyumu, İstanbul, 2005, ss. 77-82.

İNTERNET KAYNAKLARI

<http://dosya.gsu.edu.tr>
<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr>
<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr>
<http://kutuphane.dogus.edu.tr>
<http://portal.ubap.org.tr>
<http://repository.bilkent.edu.tr>
<http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr>
<http://www.adlisicil.adalet.gov.tr>
<http://www.aktuelpsikoloji.com>
<http://www.ankarabarusu.org.tr>
<http://www.hayad.org.tr>
<http://www.istanbulsaglik.gov.tr>
<http://www.jcam.com.tr/>
<http://www.psikiyatri.org.tr>
<http://www.royalcollege.ca>
<http://www.sbb.gov.tr>
<http://www.sdplatform.com>
<http://www.ttb.org.tr>
<http://www.unesco.org.tr>
<http://www.unicef.org.tr>
<http://www.yaseminyalim.com>
<https://arge.com>
<https://dergipark.org.tr>
<https://dijitalhastane.saglik.gov.tr>
<https://dosyaism.saglik.gov.tr>
<https://enabiz.gov.tr>
<https://e-saglik.gov.tr>
<https://hsgm.saglik.gov.tr>
<https://journal.yasar.edu.tr>
<https://karararama.yargitay.gov.tr>
<https://kisiselveri.saglik.gov.tr>

<https://legal.com.tr/>
<https://ms.hmb.gov.tr>
<https://pozitifyasam.org>
<https://samsun.saglik.gov.tr>
<https://sbu.saglik.gov.tr>
<https://sozluk.gov.tr/>
<https://teletip.saglik.gov.tr>
<https://tihv.org.tr>
<https://turkmia.net>
<https://www.avrupa.info.tr>
<https://www.avrupa.info.tr/tr>
<https://www.gesetze-im-internet.de>
<https://www.hukukihaber.net>
<https://www.hukukihaber.net>
<https://www.hukukmedeniyeti.org>
<https://www.istanbulbarosu.org.tr>
<https://www.istanbuleczaciodasi.org.tr>
<https://www.kisiselverilerinkorunmasi.org>
<https://www.kvkk.gov.tr/>
<https://www.researchgate.net/>
<https://www.saglik.gov.tr>
<https://www.turkiyeklinikleri.com>
<https://www.who.int>
<www.karararama.yargitay.gov.tr>
<www.kazanci.com.tr>