

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

**YENİ TÜRK CEZA KANUNUNDA SAĞLIK
PERSONELİNİN
İHBAR YÜKÜMLÜLÜĞÜ**

Sevinç Arslan HIZAL

DANIŞMAN
Doç. Dr. Mustafa Ruhan ERDEM

2006

Yemin Metni

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “**Yeni Türk Ceza Kanununda Sağlık Personelinin İhbar Yükümlülüğü**” adlı çalışmanın, tarafımdan, bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin bibliyografyada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

Tarih

.../.../.....

Adı SOYADI

İmza

YÜKSEK LİSANS TEZ SINAV TUTANAĞI

Öğrencinin

Adı ve Soyadı :Sevinç Arslan Hızal
Anabilim Dalı :Kamu Hukuku
Programı :Yüksek Lisans
Tez Konusu : Yeni Türk Ceza Kanununda Sağlık Personelinin İhbar Yükümlülüğü
Sınav Tarihi ve Saati :

Yukarıda kimlik bilgileri belirtilen öğrenci Sosyal Bilimler Enstitüsü'nün tarih ve Sayılı toplantısında oluşturulan jürimiz tarafından Lisansüstü Yönetmeliğinin 18.maddesi gereğince yüksek lisans tez sınavına alınmıştır.

Adayın kişisel çalışmaya dayanan tezini dakikalık süre içinde savunmasından sonra jüri üyelerince gerek tez konusu gerekse tezin dayanağı olan Anabilim dallarından sorulan sorulara verdiği cevaplar değerlendirilerek tezin,

BAŞARILI	O	OY BİRLİĞİ ile	O
DÜZELTME	O*	OY ÇOKLUĞU	O
RED edilmesine	O**	ile karar verilmiştir.	

Jüri teşkil edilmediği için sınav yapılamamıştır. O***
Öğrenci sınava gelmemiştir. O**

* Bu halde adaya 3 ay süre verilir.
** Bu halde adayın kaydı silinir.
*** Bu halde sınav için yeni bir tarih belirlenir.

	Evet
Tez burs, ödül veya teşvik programlarına (Tüba, Fullbright vb.) aday olabilir.	O
Tez mevcut hali ile basılabilir.	O
Tez gözden geçirildikten sonra basılabilir.	O
Tezin basımı gerekliliği yoktur.	O

JÜRİ ÜYELERİ

İMZA

.....	<input type="checkbox"/> Başarılı	<input type="checkbox"/> Düzeltme	<input type="checkbox"/> Red
.....	<input type="checkbox"/> Başarılı	<input type="checkbox"/> Düzeltme	<input type="checkbox"/> Red
.....	<input type="checkbox"/> Başarılı	<input type="checkbox"/> Düzeltme	<input type="checkbox"/> Red

ÖZET

Yüksek Lisans Tezi

Yeni Türk Ceza Kanununda Sağlık Personelinin İhbar Yükümlülüğü

Sevinç Arslan HIZAL

Dokuz Eylül Üniversitesi

Sosyal Bilimleri Enstitüsü

Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Yeni (5237) TCK'nın 280. maddesinde sağlık mesleği mensubunun suç u bildirmeme suç u düzenlenmiştir. Eski (765) TCK 'nın Kabahatler bölümünde, "Cürmü Haber Vermede Zühul" başlığı altında düzenlenmiş olanı 530. madde, bu kanunun yürürlükte olduğu dönem içinde pek az uygulandığı ve tedavi amacıyla sağlık personeline başvuran kişi takibata maruz kalacaksa ihbar zorunluluğu bulunmadığı halde, sağlık personeli ni "muhibir" konumuna getirdiği ve meslek sırrı ile çeliştiği gerekçesiyle doktrinde eleştirilmiştir.

Yeni (5237) TCK'daki 280. maddenin metninde, fail konumundaki sağlık mesleği mensubunun kapsamı genişletilmiştir, ancak failin kamu görevlisi olan sağlık mesleği mensubu mu olacağı yoksa serbest çalışan sağlık mesleği mensubu mu olacağı hususunda bir açıklık getirilmemiştir. Bununla birlikte maddede geçen "belirti" kavramından ne anlaşılması gerektiği ve ihbarı zorunlu bulunan suçların kapsamında şikayete bağı suçların bulunup bulunmayacağı da açıklanmamıştır. Yine madde metninde ihbarın yapılacağı merci, ihbarın süresi ve ne şekilde yapılacağı belirtilmemiştir.

Çalışmamızda, yukarıda belirtilen hususlarda, hem ceza kanununun tasarı aşamasında hem de TBMM'de madde ile ilgili görüşmeler esnasında yapılan tartışmalara ve doktrindeki görüşlere yer verilerek, yeni (5237) TCK'nın 280. maddesindeki ihbar yükümlülüğü, sağlıkla ilgili düzenlemelerde yer alan meslek sırrı ve sağlık mesleği mensubunun uymakla yükümlü olduğu diğ er etik ilkelerle birlikte değerlendirilerek tartışılmıştır. Bununla birlikte

çocuk düşürme ve düşürtme suçları, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar ve çocuk istismarı, aile içi şiddet, işkence ve eziyet suçları, uyuşturucu madde kullanımı ve aile hekimliğinin pilot olarak uygulanması ile ilgili kanundaki düzenlemeler açısından suçu bildirmemenin bir hukuka uygunluk sebebi olup olmayacağı hususları ele alınmış, tanıklıktan çekinme zorunluluğu ile suçu bildirmeme suçu arasında bir çelişki bulunup bulunmadığı irdelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: 1)Sağlık Mesleği Mensubu, 2)İhbar yükümlülüğü, 3)Meslek Sırrı, 4) Tanıklıktan Çekinme

ABSTRACT

Master Programme With Thesis
Health Personnels Contribution Of Informing In New Turkish Criminal Code
Sevinç Arslan HIZAL

Dokuz Eylul University
Institute Of Social Sciences
Department of Public Law

In new (5237) 280th article of Turkish Criminal Code, the crime of not declaring crime by professional health employees, is arranged. Old (765) in fault section of Turkish Criminal Code, 530th article arranged under the heading “Inattention in informing crime” is criticized in doctrine, as when this article was in procedure, it was applied very less and if the one applied to the health personnel for medication, will be exposed to legal action, though there is no obligation to denunciation, positioned the health personnel as an “informer” and this conflicted with the professional secret.

In new (5237) in the context of 280th article of Turkish Criminal Code, enclosure of professional health employees in the perpetrator position had been widened. However, there is no clearness if the perpetrator will be a public official professional health employee or self-employed professional health employee. In addition to this, it is not declared in the article what is to be understood from the “sign” mentioned in the article and whether there will be crimes dependent on complaint in the enclosure of the crimes denunciation is obliged. Again in the context of the article, the authority where informing will be made, the period of informing and how the informing will be made are not declared.

In our work, in the matters mentioned above, by taking into consideration the discussions and the opinions in the doctrine not only in the task process of the criminal code, but also during the meetings, the contribution of informing new (5237) 280th article of Turkish Criminal Code, professional secret in the arrangements related to health and other ethic principles the health professionals contributed to obey, are discussed by analyzing as a whole. In addition to this, from the view of the arrangements of law about crimes of abortion and procure abortion, the crimes against sexual immunity and exploitation of child, severity in family, crimes of torture, cruelty, usage of drugs, family physic to be used as pilot; not informing crime is whether can be a reason to the congruency to the law are discussed, it had been considered whether there is a conflict between the obligation of diffidence from the bearing witness and not informing the crime.

Key World: 1) Professional Health Employee, 2) Contribution Of Informing, 3)Professional Secret, 4) Diffidence From The Bearing Witness

YENİ TÜRK CEZA KANUNUNDA SAĞLIK PERSONELİNİN İHBAR YÜKÜMLÜLÜĞÜ

YEMİN METNİ	ii
TUTANAK	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT	vi
İÇİNDEKİLER	viii
KISALTMALAR	xi
GİRİŞ	xii

BİRİNCİ BÖLÜM CEZA HUKUKUNDA İHBAR YÜKÜMLÜLÜĞÜ

1.1.KAVRAMLAR, TANIMLAR	1
1.1.1.Genel Olarak İhbar Yükümlülüğü Kavramı	1
1.1.2.Meslek Sırrı Kavramı	2
1.1.2.1. Meslek Sırrı	4
1.1.2.2. Meslek Sırrının İfşası	5
1.1.3. Sağlık Mesleği Mensupları Kavramı	5
1.1.3.1.Hekim Kavramı	6
1.1.3.2.Diş Tabibi	8
1.1.3.3.Eczacı	8
1.1.3.4.Ebe	9
1.1.3.5.Hemşireler	10
1.1.3.6.Sağlık Hizmeti Veren Diğer Kişiler	10
1.2. İHBAR YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN TARİHSEL GELİŞİMİ	12
1.2.1.Meslek Sırrını İfşa Suçu	12
1.2.2.İhbar Yükümlülüğü	15
1.3. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA İHBAR YÜKÜMLÜLÜĞÜ	23
1.3.1.İtalyan Ceza Kanununda İhbar Yükümlülüğü	23
1.3.2. Alman Ceza Kanunu'nda İhbar Yükümlülüğü	25
1.3.3.İngiliz Hukukunda İhbar Yükümlülüğü	26

1.3.4. XIII.Uluslararası Ceza Hukuku Kongresinde Gerçek İhmali Suçlara İlişkin Olarak Alınan Kararlar	26
---	----

İKİNCİ BÖLÜM

5237 SAYILI YENİ TCK'DA SAĞLIK PERSONELİNİN İHBAR YÜKÜMLÜLÜĞÜ

2.1. 756 SAYILI KANUNLA KARŞILAŞTIRMA	28
2.2.KORUNAN HUKUKİ YARAR	33
2.3. SUÇUN UNSURLARI	36
2.3.1.Suçun Faili	36
2.3.1.1.Görev Sırasında Öğrenilen Suç	45
2.3.1.2.Suçun Failin Görevine İlişkin Olması	46
2.3.1.3.İhbar Edilecek Suç	47
2.3.1.3.1.Belirti	47
2.3.1.3.2.İhbar Edilecek Suçun Niteliği	48
2.3.1.3.3.Şikayete Bağlı Suçlar	50
2.3.2. Suçun Maddi unsuru (Objektif Unsurlar)	53
2.3.2.1.İhbarın Yapılacağı Mercii ve Şekli	53
2.3.2.2. İhmal ve Gecikmede Bulunulması	56
2.3.2.2.1.İhmal Kavramı	56
2.3.2.2.2.Tipiklik	60
2.3.2.2.3.Hareket Olanığı	62
2.3.2.2.4.Nedensellik Bağı	64
2.3.2.2.5.Süre	65
2.3.3.Suçun Manevi unsuru (Subjektif unsur)	66
2.3.3.1.Kast ve Taksir	66
2.3.3.1.1.Kast	66
2.3.3.1.2.Taksir	68
2.3.3.2.Beklenebilirlik	70
2.3.3.3. Yanılma	74
2.3.3.3.1.Neticeyi Önleme Olanığında Yanılma	74
2.3.3.3.2.Emir Yanılması	74

2.3.3.4. Nedeninde Serbest İhmal	75
2.4.HUKUKA AYKIRILIK	75
2.4.1.İhbar Yükümlülüğünün Meslek Sırrının Açıklanmaması Yükümlülüğü ile Birlikte Değerlendirilmesi	76
2.4.1.1.Çocuk Düşürme ve Düşürtme Suçu	82
2.4.1.2.Cinsel İlişki Yoluyla Başkasına HIV ve Benzeri Hastalıkları Bulaştırma	85
2.4.1.3.Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar ve Çocuk İstismarı	89
2.4.1.4.Aile İçi Şiddet	96
2.4.1.5.İşkence ve Eziyet	98
2.4.1.6.Uyuşturucu Madde Kullanma Suçu	102
2.4.1.7.Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun	104
2.4.2.Tanıklıktan ve Bilirkişilikten Çekinme	106
2.5.SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ	110
2.5.1.Teşebbüs	110
2.5.2.İştirak	111
2.5.2.1.Faillik Türleri	113
2.5.2.1.1.Doğrudan (Tek Başına) Faillik	113
2.5.2.1.2.Birlikte (Müşterek) Faillik	114
2.5.2.1.3.Dolaylı Faillik	114
2.5.2.1.4.Yan Faillik	115
2.5.2.2.Şeriklik (Suç Ortaklığı)	115
2.5.2.2.1.İhmali Bir Suça Azmettirme	116
2.5.2.2.2. İhmali Bir Suça Yardım	117
2.5.3.İçtima	117
2.5.3.1.Birden Fazla İhmali Suçun İçtimaı	118
2.5.3.2. Birden Fazla İhmali ve İcrai Suçun İçtimaı	119
2.6.NİTELİKLİ HALLER	119
2.7. MÜEYYİDE VE KOVUŞTURMA	119
SONUÇ VE ÖNERİLER	123
KAYNAKLAR	134

KISALTMALAR

a.g.e	: adı geçen eser
AIDS	: Acquired Immun Deficiency Syndrom
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
Bkz	: bakınız
C	: Cilt
C.D.	: Ceza Dairesi
CGİK	: Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
CİK	: Ceza İnfaz Kanunu
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	: Ceza Muhakemesi Usul Kanunu
Çev	: çeviren
DMK	: Devlet Memurları Kanunu
dn	: dipnot
HIV	: Human Immun Deficiency Virus
HPD	: Hukuki Perspektifler Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
m.	: madde
M.Ö.	: Milâttan Önce
s.	: sayfa
S	: Sayı
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TTB	: Türk Tabipleri Birliği
v.b.	: ve benzeri
v.d.	: ve devamı
WHA	: World Health Assamble
WHO	: World Health Organization
y.a.g.e	: yukarıda adı geçen eser
y.y.	: Yüzyıl

GİRİŞ

Bu çalışmada, Yeni (5237) TCK'nın 280. maddesinde sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmeme suçu, eski (765) TCK'nın 530. maddesindeki düzenleme ile karşılaştırmalı olarak ele alınarak, her iki düzenleme arasındaki farklar ve yeni düzenlemenin sağlık mesleği mensubu açısından getirdiği yükümlülükler tartışılacaktır.

Yeni (5237) TCK'daki 280. maddenin, meslek sırrı ve sağlık mesleği mensubunun uymakla yükümlü olduğu diğer etik ilkelerle birlikte ve Yeni TCK'daki çocuk düşürme ve düşürtme suçları, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar ve çocuk istismarı, aile içi şiddet, işkence ve eziyet suçları, uyuşturucu madde kullanımı gibi meslek sırrı açısından özellik arz eden durumlarda nasıl uygulanacağı irdelenecektir.

Çalışmamızda, yeni TCK'nın 280. maddesindeki sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmeme suçunun maddi ve manevi unsurları, korunan hukuki yarar ve yaptırımlar, doktrindeki görüş ve tartışmalara da yer verilerek ele alınacaktır.

YENİ TÜRK CEZA KANUNUNDA SAĞLIK PERSONELİNİN İHBAR YÜKÜMLÜLÜĞÜ

BİRİNCİ BÖLÜM

CEZA HUKUKUNDA İHBAR YÜKÜMLÜLÜĞÜ

1.1.KAVRAMLAR,TANIMLAR

1.1.1.Genel Olarak İhbar Yükümlülüğü Kavramı

Ceza kanunları, toplumdaki her insanı tek tek ilgilendirdiği gibi, toplumun bir bütün olarak yaşamını düzenleme, denetleme ve aynı zamanda kısıtlama niteliğine sahiptir. Bu sebeple ceza kanunlarının bazı maddeleri vatandaşlara ve belirli meslek gruplarına yönelik bazı yükümlülükler içerir. Bu yükümlülüklerden bir tanesi de “ihbar yükümlülüğü” dür.

İhbar sözcüğü, sözlükte “Bir şeyi yetkili bir makama bildirme” veya “yasadışı bir eylemi yada yasadışı eylemde bulunan kimseyi yetkili makama bildirmek eylemi; bu amaçla verilen bilgi” veya “ bir kimseyi, bir şeyi (bir kimseye, bir gruba) ihbar etmek, onları cezalandırmak ya da mahkum ettirmek üzere adalete ya da yetkiliye bildirmek” şeklinde tanımlanmıştır.¹

Suç, “kusur yeteneği (isnad kabiliyeti)” bulunan bir kimsenin tipe (kanuni unsura) uygun, hukuka aykırı, kusurlu hareketidir.² Suç, hukuk düzeninin veya ceza kanunlarının ihlali olup, ahlak düzenini ağır şekilde bozan ve bu sebeple devletin hoş göremeyeceği, müeyyide olarak bir cezanın uygulanmasını gerektiren bir fiildir. Bu nedenle hukuk düzeninde yasaklanmış bu fiil ve hareketlerin, öğrenilmesi durumunda belirli koşullarda ihbar edilmeleri zorunlu kılınmıştır. Devlet ve toplum olabilmenin bir özelliği de kişilerin kurallara uymalarını sağlamak, uymayanları cezalandırmak ve diğer kişilerce zarara uğratılan kişilerin hakkını sağlayabilmektir.³

¹ **Büyük Larouse Sözlük ve Ansiklopedisi**, Milliyet yayınları,Cilt: 11,s. 5585.

² Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, **Öztürk Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005, s. 3.

³ Nevzat Eren ve Zafer Öztekin, **Sağlık Ocağı Yönetimi**, Palme Yayınları, Genişletilmiş 6. Baskı, Ankara 1993, s. 136.

Eski (765) TCK' da 296. madde ile belli durumlarda bütün yurttaşlara, 235. madde ile devlet memurlarına ve 530. madde ile sağlık çalışanlarına meslekleri nedeni ile suçları ve suçluları ihbar yükümlülüğü getirilmiştir.⁴

Yeni (5237) TCK' da “Suçu Bildirmeme Suçu” başlığı altında 278. maddedeki suç tipi kamu görevlisi olmayanlar için öngörülmüş yeni bir suçtur. Arslan ve Azizağaoğlu tarafından⁵ bireyin suçun işlenmesinin önlenmesini isteme hakkı bulunduğu gibi, suçun önlenmesi çabalarına yardımcı olmasının da bir ödev olduğu görüşünden kaynaklanan bir düzenleme olarak nitelendirilen bu hükmün, toplum barışının, kamu güvenliği ve düzeninin korunması için isabetli bir yenilik olduğu düşünülmektedir. Aynı yazarlara göre, her ne sebeple olursa olsun bir suçun görmezden gelinmesi, hukukun üstünlüğüne dayalı bir toplumda olmaması gereken, o toplumda birey olma hakkı ve yükümlülüğüyle bağdaşmayan bir davranıştır.⁶ Kamu görevlisi veya sağlık mensubu bu suç işlerse özel hüküm mahiyetindeki yeni TCK'daki 279 ve 280. maddelere göre sorumlu olacaktır.

1.1.2. Meslek Sırrı Kavramı

Meslek sırrı kavramına, ihbar yükümlülüğü ile belirli noktalarda çeliştiği ve her ne kadar Yeni (5237) TCK da düzenlenmemiş olsa da, sırrın ifşasının halen bazı yasal düzenlemelerde⁷ mevcut olduğu göz önünde bulundurularak bu bölümde yer

⁴ Metin Pıçakçefe, “Adli Tıp ve Halk Sağlığı”, **Toplum ve Hekim**, Cilt: 19, Sayı: 4, Temmuz-Ağustos 2004, s.309.

⁵ Çetin Arslan ve Bahattin Azizağaoğlu, **Yeni Türk Ceza Kanun Şerhi**, Asil Yayın Dağıtım, Kasım 2004, Ankara, s. 1117.

⁶ y.a.g.e., s.1117; Hüküm, bireylere muhbirlik yükümlülüğü getireceği yönüyle CHP Samsun Milletvekili Haluk Koç tarafından eleştirilmiştir. Bkz. Erdal Noyan, **Yeni Türk Ceza Kanunu**, Adil Yayınevi, 1. Basım, Ankara 2004, s. 497.

⁷ 765 sayılı TCK nun 198. Maddesinde:

“Bir kimse resmi mevki ve sıfatı veya meslek ve sanatı icabı olarak ifşasında zarar melhuz olan bir sırda vakıf olup da meşru bir sebebe müstenit olmaksızın o sırrı ifşa ederse üç aya kadar hapis ve liraya kadar ağır cezayı nakdiye mahkum olur.

Eğer zarar vaki olmuş ise cezayı nakdi liradan az olamaz.” denilmekteydi.

Ancak bu maddeye karşılık olarak gösterilen 5237 sayılı TCK nun 134. maddesinde “Özel hayatın gizliliğini ihlal” başlığı altında:

“Kişilerin özel hayatının gizliliğini ihlal eden kimse, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Gizliliğin görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle ihlal edilmesi halinde, cezanın alt sınırı bir yıldan az olamaz.

Kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya sesleri ifşa eden kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Fiilin basın ve yayın yolu ile işlenmesi halinde, ceza yarı oranında

verilmiştir. Gerçekte Eski (765) TCK daki düzenlemeye göre “ihbar yükümlülüğü” sır saklama yükümlülüğünün istisnası olarak kabul edilmekteydi.⁸ Bu sebeple daha sonraki bölümlerde ayrıntılı olarak ele alınacak olan bu kavramı açıklamakta yarar bulunduğu düşünülmüştür.

Sır kelimesinin sözlük anlamı, gizli tutulması, bilenin açıklamaması gereken şeydir.⁹ Genel anlamda sır; bir kimsenin görmek, işitmek, veya hissetmek suretiyle öğrendiği saklı ve gizli tutulması gereken şeydir.¹⁰ Sırrın en önemli ve esaslı unsuru, aleniliğin bulunmamasıdır.¹¹ Sır, niteliği itibariyle tevdi edildiği kimsenin saklaması icap eden ve saklanmasında sahibinin yararı bulunan şeydir.¹² Kişiye özel bilgilerin, üçüncü kişiler tarafından bilinmemesi, kişinin özgürlüğü ve ruhsal alanıyla yakından ilgilidir. Bu nedenle çağdaş hukuk, sırrı kişisel değerler arasında kabul ederek kişinin giz alanını kişilik hakkının koruması altına almıştır.¹³

Hangi bilgilerin sır olduğunun belirlenmesi bir değer yargısıdır; genel olarak toplumun ayıplamasına, AIDS gibi bazı bulaşıcı hastalıklarda olduğu gibi kişinin toplum dışına itilmesine sebep olan veya hastanın ekonomik durum ve geleceğini

artırılır.” denilmektedir. Bu madde ile özel hayatın gizliliğine ilişkin genel bir düzenleme yapılmış olup meslek sırrına hiç yer verilmemiştir. Bu sebeple 5237 sayılı TCK da meslek sırrı ile ilgili özel bir düzenleme yapılmadığı kanaatindeyiz.

Türk Medeni Kanununun 24. ve 25. maddelerindeki düzenlemeler, hekimlikle ilgili evrensel değerler ve bildirelerin yanı sıra, Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 4. maddesi ve Hekimlik Meslek Etiği Kurallarının 9. maddesi uyarınca hekimler mesleklerini uygularken öğrendikleri sırları açıklayamazlar. Ayrıca Hasta Hakları Yönetmeliğinin “İlkeler” başlığını taşıyan 5. maddesinde hastanın özel hayatına ve aile hayatının gizliliğine dokunulmazlık, 20. maddesinde “Bilgi Verilmesini Yasaklama”, 21. maddesinde “Mahremiyete Saygı Gösterilmesi” ve 23. maddesinde “Bilgilerin Gizli Tutulması” başlıkları altında sır saklama yükümlülüğü düzenlenmiştir.

⁸ Yusuf Büyükay, “ Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü”, **AÜEHFD**, Cilt: 8, Sayı: 1-2, 2004, s.388.

⁹ **Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi**, Milliyet Yayınları, Cilt: 20, s. 10465.

¹⁰ M. Muhtar Çağlayan, **En Son Değişiklikleri ile Birlikte Gerekçeli , Açıklamalı ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu**, Genişletilmiş 3. Baskı, Yetkin Hukuk Yayınları, Cilt: 2, (Madde 125-315), s. 493.

¹¹ Donay’a göre, bir hususun sır olarak nitelendirilebilmesi için, subjektif ve objektif olmak üzere iki unsurun aranması gerekmektedir. Subjektif unsur, sır sahibinin sırrın saklanması konusunda bir iradesinin bulunması, objektif unsur ise, bu hususun esasen başkaları tarafından bilinmemesidir.; Süheyl Donay, **Meslek Sırrının Açıklanması Suçu**, İstanbul 1978, s. 5-6.

¹² Vural Savaş ve Sadık Mollamahmutoğlu, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, 2. Baskı, Mayıs 1998, s. 2300.

¹³ Çetin Aşçıoğlu, **Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar**, Ankara, 1993, s. 47.

etkileyen, saklanmasında yarar bulunan bilgi ve olayları sır olarak nitelendirmek olanağı vardır.¹⁴

1.1.2.1. Meslek Sırrı: Bir mesleğin yapılması sırasında öğrenilen, sır sahibi tarafından açıklanmaması öngörülen ve gerçekte başkaları tarafından bilinmeyen, bireyin özel yaşamına ilişkin bilgi ve olaylar meslek sırrını meydana getirir. olarak tanımlanabilir.¹⁵ Donay'a göre, sır teşkil eden hususun, meslek ile doğrudan ilgili olması ve bizzat sır sahibi tarafından tevdi edilmesi veya tevdi edilmemiş olsa bile meslek sahibi tarafından mesleği gereği öğrenilmiş olması gerekir.¹⁶

Eski (765) TCK da, Gözübüyük' e göre¹⁷ meslek sırrının dokunulmazlığı ve kanunla korunması kişilerin, güven içinde, korkusuz yaşama hürriyetlerine dayanmaktadır. Sırların ifşa edileceği güvensizliği içinde bulunan kişiler bir meslek veya sanat mensubuna, mesela bir hekime, bir avukata müracaat etmekte tereddüt ederler; bunun sonucu olarak kamu sağlığı, adalet menfaati tehlikeye düşmüş, sarsılmış olur.

Hekimler açısından ise Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 4. Maddesinde özel bir hüküm bulunmaktadır. Bu hükme göre “*tabip ve dış tabibi, meslek ve sanatının icrası vesilesiyle muttali olduğu sırları, kanuni mecburiyet olmadıkça ifşa edemez.*” Hekimin sır saklama yükümlülüğü diğer hekimler ve hastanın yakınları da dahil olmak üzere bütün üçüncü şahıslara karşı geçerlidir.¹⁸ Hekimin sır saklama yükümlülüğü tedavi sona erdikten sonra da devam eder.¹⁹

¹⁴Sermet Koç ve Coşkun Yorulmaz, “Hekimin Yasal Sorumlulukları”, (s. 45-60), **Adli Tıp**, Cilt:1, İÜCTF Yayınları, Rektörlük No: 4165, Fakülte No: 224, Editörler: Zeki Soysal ve Canser Çakalır, İstanbul, 1999, s. 50.

¹⁵Donay, a.g.e., s. 11.;Yaşar Bilge/Ümit Naci Gündoğmuş/Tarık Gündüz/İ. Hamit Hancı/Ufuk Katkıcı//Ahmet Nezh Kök/Cezmi İsmail Yavuz/İstanbul Tabip Odası, “Hekimlerin Yasal Sorumlulukları”, (s:11-24), **Birinci Basamak İçin Adli Tıp El Kitabı**, TTB, Nisan 1999, s. 15.

¹⁶ Donay, a.g.e., s. 7-9.

¹⁷ Abdullah Pulat Gözübüyük, **Alman, İsviçre, Fransız ve İtalyan Kanunları ile Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Cilt: II, (Hususi Kısım – Cürümler) Genişletilmiş 5. Bası , Kazancı Hukuk Yayınları No: 64, İstanbul, s. 596.

¹⁸ Mehmet Ayan, **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk**, Kazancı Yayınları, Ankara, 1991, s. 99.

¹⁹ Şahin Akıncı, **Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar**, Ankara, 1996, s.223.

1.1.2.2. Meslek Sırrının İfşası

Meslek sırrını açığa vurma, başkalarına açıklama, başkasının bilgi sahibi olmasını sağlayacak biçimde açıklama ve yayında bulunma ve sırrı öğrenmeye yetkili olmayanların bilgisine ulaşmasını kolaylaştırıcı davranışlarda bulunmadır.²⁰ Meslek sırrının korunması özel yaşamın da korunması anlamına geldiğinden, çeşitli uluslararası sözleşmelerde ve insan haklarını düzenleyen ve koruyan beyannamelerde yer almıştır.²¹

1.1.3. Sağlık Mesleği Mensupları Kavramı

Yeni (5237) TCK nun 280. maddesinde ihbar yükümlülüğü düzenlenmiş olup madde başlığı “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi” şeklindedir. Bu maddeye göre “*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.”

Bu maddede belirtilen “sağlık mesleği mensupları”, sayılanlarla sınırlı olmayıp örnekleyici biçimde sayılmıştır.²² Kastedilenler, sadece tabip, diş tabibi, eczacı, ebe ve hemşire olmayıp, sağlık hizmeti veren diğer kişiler de bu kapsama dahil edilmiştir. Bu sebeple madde kapsamında değerlendirilebilecek sağlık hizmeti veren diğer kişilerin de tek tek tanımlanması gerekmektedir.

²⁰ Erol Çetin, **Açıklamalı İctihatlı Ceza Hukukunda ve Özel Yasalarda Memur, Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanma Usulü ve Memur Suçları**, 2003, s. 948.

²¹ Donay, a.g.e., s. 12.

²² Arslan ve Azizağaoğlu, a.g.e., s. 1124.

Öncelikle sağlık mesleği mensubu olarak tanımlanan ve tek tek sayılmış olan meslek grupları ele alınarak her bir meslek grubunun kapsamı değerlendirilecek, daha sonra sağlık hizmeti veren diğer kişiler tanımlanacaktır.

1.1.3.1.Hekim Kavramı:

Tabip veya hekim bir üniversite tarafından verilen doktorluk unvanını almış kimsedir.²³ Doktor, tıp fakültesini bitirmiş ve hukuk düzeni tarafından kendisine tıp mesleğini icra etme yetkisi tanınmış kişidir. İnsan sağlığı ile ilgilenir ve koruyucu hekimlik yapabilir, tanı, tedavi ve tıbbi müdahalelerde bulunabilir. Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanununun 1. ve 2. maddelerinde hekimlik şu şekilde tanımlanmaktadır:

“Türkiye Cumhuriyeti dahilinde tababet icra ve herhangi surette olursa olsun hasta tedavi edebilmek için Türkiye Darülfünunu Tıp Fakültesinden diploma sahibi olmak ve Türk bulunmak şarttır.

Yukarıdaki maddede yazılı diplomanın muteber olması için diplomasının Sıhhiye ve Muaveneti İçtimaiye Vekaletince tasdik ve tescil edilmiş olması lazımdır....”

Güleç'e göre²⁴ 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu hükümlerini de birlikte ele almak gerekmektedir. Bu durumda hekimlik mesleğinin yürütülebilmesi için gerekli şartlar:

- ◆ Türk vatandaşı olmak²⁵

²³ **Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi**, Cilt: 7, s.3283.

²⁴ Sema Güleç (Uçakhan), **Maddi Tazminat Esasları ve Hesaplanması**, Ankara, 1994, s. 113.

²⁵ Türk vatandaşı olma koşulunun bazı yasalarda özel ayrıcalıkları kabul edilmiştir. 2547 sayılı kanun Türk ırkından olup yabancı bir ülkenin uyruğunda olan doktorlara da, Türkiye'de çalışma hakkını vermiştir. Ayrıca Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanununun 77. Maddesinde Türkiye'de yasalara dayanan kazanılmış hakları tanınmış olan yabancı hekimlerin, dış hekimlerinin, dışçilerin ve ebelerin mesleklerini bu yasa hükümleri çerçevesinde uygulayabilecekleri belirtilmiştir.

Ancak Şubat 2006' da Başbakan Recep Tayyip Erdoğan, Bursa'da yaptığı bir konuşmasında “Yabancı doktor çalıştıracaklarını” açıklamış ve bundan sonra bu konuyla ilgili olarak, Mecliste ve sağlık meslek örgütleri başta olmak üzere çeşitli kesimlerde ve basında tartışmalar başlamıştır. Bir web sitesinde 25.02.2006 tarihinde yer alan habere göre AB, tam üyelik talebinde bulunan Türkiye'den, müzakere ve tarama sürecinde, “yabancı doktor çalıştırılmasını engelleyen” mevzuatın

- ◆ Tıp Fakültesi diplomasına sahip olmak (Türk Üniversiteleri bünyesinde yer alan bir tıp fakültesinden alınmış diploma gerekir.)²⁶
- ◆ Tabip odasına kayıtlı bulunmak²⁷
- ◆ Hekimlik mesleğinin icrasına geçici veya sürekli engel hali bulunmamaktır.

Pratisyen Hekim: Sadece tıp fakültelerindeki altı yıllık lisans eğitime dayalı olarak tıp mesleğini icra eden kişidir.

değiştirilmesini istemiştir. Bunun üzerine Başbakan Recep Tayyip Erdoğan ve Başmüzakereci Ali Babacan, konuyu Bakanlar Kuruluna taşımış ve saatler süren tartışmaların sonunda Başbakan, Sağlık Bakanına konuyu inceleme talimatı vermiştir. Sağlık Bakanlığı da Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanununun 1. maddesindeki "Türk bulunmak şarttır" ifadesini kaldırarak, maddeyi değiştirmek üzere çalışmalara başlamıştır. Aynı haberde, Sağlık Bakanlığınca hazırlanan, "Kamu-Özel Sektör Ortaklığı Projesi" kapsamında, Türkiye'ye sağlık yatırımı yapmak isteyen Dubai, Katar, Birleşik Arap Emirlikleri, İngiltere, Almanya, Amerika ve İspanya'daki işadamlarının sağlık kampüsleri kurmak üzere harekete geçtikleri ve "Yap-Kirala-Devret" modeliyle yapılacak sağlık tesisleri için, yabancı yatırımcıların, "Yapacağımız hastanelerde kendi kadrolarımızla hizmet vermek istiyoruz" şeklinde öneride buldukları belirtilmiştir. "**Yabancı Doktor Çalıştırılması da AB'nin Talebi**", Erişim:10.06.2006, <http://www.siberbursa.com/default.aspx?pid=23698&nid=10440>

Aynı konuyla ilgili olarak Yakup Kepenek, TBMM Genel Kurulunda 21.02.2006 tarihinde yaptığı konuşmasında, bu yeni yasa tasarısını eleştirmiş, yabancı uyruklu doktor, hemşire ve ebelerin çalıştırılması yerine ülkemizdeki doktor, ebe ve hemşirelerin yetiştirilerek kendilerinden etkin ve verimli bir biçimde yararlanılması ve bunların ülke genelinde dağılımının iyi yapılması gerektiğini, eğitim ve sağlığı içeren önemli bir sosyal güvenlik sorunu bulunduğunu, yabancı doktor çalıştırılması özleminin, sağlık hakkını bir müşteri-doktor ilişkisi içinde gören anlayışın yansıması olduğunu ifade etmiştir.; **TBMM Genel Kurul Tutanağı**, 22. Dönem 4. Yasama Yılı, 65. Birleşim 21.02.2006 Salı, Erişim:10.06.2006, http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak_b_sd.birlesim_baslangic_yazici?page 1=30

Sağlık Bakanı Recep Akdağ, Meclis Genel Kurulunda yaptığı konuşmasında bu eleştirilere yanıt olarak Türk doktorlarının kıymetini çok iyi bildiklerini ancak Türkiye'de ciddi bir hekim açığı bulunduğunu ve bu sorunun çözülebilmesi için bunun yapılması gerektiğini, Türkiye'de çalışacak yabancı doktorların, denklik gereğini yerine getirdikten sonra ve Türkçe'yi de bilmek şartıyla görev yapacaklarını belirtmiştir.; **Yabancı Doktor Eleştirilerine Yanıt**, Erişim: 10.06.2006, <http://www.trt.net.tr/wwwtr/hdevam.aspx?hid=144318&k=5>

²⁶ Aşçıoğlu' na göre diplomanın ya Türk fakültelerinden birinden ya da Sağlık Bakanlığınca onaylanmak şartıyla, yabancı ülkelerdeki fakültelerden alınması da mümkündür. Aşçıoğlu, a.g.e., s. 43.

²⁷ 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanununun 7. Maddesinde "*Bir tabip odası sınırları içinde sanatını serbest olarak icra eden tabipler bir ay içinde o il veya bölge tabip odasına üye olmak ve üyelik görevlerini yerine getirmekle yükümlüdürler. Mesleklerini serbest olarak icra etmeksizin kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinde asli ve sürekli görevlerde çalışanlar ile herhangi bir sebeple mesleğini icra etmeyenler tabip odalarına üye olabilirler*" denilmektedir. Kamuda görevli tabipler için uygulamada, Tabip Odasına kayıtlı bulunmak bir ön şart niteliği taşımadığından kamuda görev yapan hekimlerin bazılarının Tabip Odası üyeliği bulunmamaktadır. Ancak serbest çalışan hekimlerin muayenehanelerinde veya özel sağlık kuruluşlarında çalışırken kendilerine çalışma izin belgesi düzenlenebilmesi için Tabip Odasına üye olduklarına dair belgenin bulunması zorunlu olduğundan bu şart onlar için aranmaktadır.

Uzman Hekim: Lisans eğitimi yani tıp fakültelerindeki eğitimden sonra belirli bir uzmanlık dalında lisans üstü eğitim almış kişidir.

Asistan Hekim: Tababet Uzmanlık Tüzüğü'nün 2. maddesinde *“Bu tüzükte geçen asistan deyimi, tababet dallarından birinde uzman olabilmek için bilgi ve becerisini geliştirmek amacıyla özel mevzuatına ve Tüzük hükümlerine göre öğretim, eğitim ve uygulama yapmak ve bilimsel esaslara göre yetiştirilmek üzere atanan kişi anlamına gelir.”* denilmektedir. Asistanlar, altı yıllık tıp fakültesindeki lisans eğitimlerini tamamlayarak Tıpta Uzmanlık sınavını kazanmış ve uzman olmak üzere yetiştirilmek amacıyla eğitim hastanelerinde görevlendirilen hekimlerdir.

İntörn: Tıp fakültesi son sınıf öğrencisi olup doktor olarak kabul edilmez.

1.1.3.2. Diş Tabibi:

Diş ve dişeti hastalıklarını tedavi eden ve diş tamamlama, kaplama ve düzeltme işlemlerini yapan hekimdir.²⁸ 1219 sayılı kanununun 30. ve 31. maddelerine göre Türkiye’de diş hekimi unvanını taşıyabilmek için:

- ◆ Türk vatandaşı olmak,
- ◆ Türk üniversiteleri bünyesinden bir diş hekimliği fakültesinden diploma almak,
- ◆ Yabancı ülkelerdeki diş hekimliği okullarından diploma alanların, diplomalarının denkliğinin Sağlık Bakanlığınca onaylanmış olması gerekir.

1.1.3.3. Eczacı:

Eczacı, eczanesinde ilaç yapan yada hazır ilaç satan, diploması olan kişidir.²⁹

²⁸ **Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi**, Cilt: 7, s. 3228.

²⁹ **Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi**, Cilt: 7, s. 3511.; TBMM’ne eczane açmak için eczacı olma şartını kaldıran kanun teklifi verilmiş ancak Meclis Sağlık ve Sosyal İşler Komisyon Başkanı teklifin gündeme alınmayacağını, Eczanelerin ancak eczacılar tarafından açılabileceğini ve

Eczacılar ve eczaneler hakkında kanunun 2. maddesine göre Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde eczacılık yapabilmek için:

- ◆ Türk vatandaşı olmak,
- ◆ Türkiye Eczacılık mektep veya fakültesinden diplomalı olmak,
- ◆ Yabancı ülkelerden eczacılık diploması alınmışsa diplomanın denkliği usulünce onaylanmış olmak,
- ◆ Diploması Sağlık Bakanlığınca tescil edilmiş olmak,
- ◆ Eczacılık yapmaya engel hali (suç, hastalık v.b.) bulunmamak gerekir.

1.1.3.4.Ebe :

Yetkisi gebeliğin teşhis ve gözetimiyle ve normal doğumları yaptırmakla sınırlı tıbbi meslek sahibi kişidir.³⁰ 1219 sayılı kanunun 47. maddesine göre Türkiye’de ebelik yapabilmek için:

- ◆ Türk vatandaşı olmak,
- ◆ Tıp fakültelerine bağlı sağlık kolejinden veya Sağlık Bakanlığına bağlı ebe okullarından diploma almış olmak gerekir.
- ◆ Bu diplomanın Sağlık Bakanlığı tarafından onaylanması ve tescil edilmesi gerekir.

Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliğinin 133. maddesine göre “*Ebeler Sağlık Meslek Okulu mezunu, doğum ve doğum kontrolü ile ilgili kendisine düşen görevleri yapabilecek yeteneklere sahip, gerekli kursları görmüş yardımcı sağlık personelidir.*”

işletilebileceğini, bu sebeple Eczacılık Kanunu’nda böyle bir değişiklik yapmayı düşünmediklerini açıklamıştır. **Eczacılardan Kanun Teklifine Tepki**, Erişim: 10.06.2006, <http://www.trt.net.tr/wwwtr/hdevam.aspx?hid=144318&.k=5>

³⁰ **Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi**, Cilt: 7, s. 3490.

1.1.3.5.Hemşire³¹

Meslek eğitimi gördükten sonra, hastaların durumuna göre gerekli tüm yardımları yapabilen, sağlık koşullarının düzeltilmesi, hastalıkların önlenmesi için gerekli hizmetleri yüklenen kimsedir. Türkiye’de hemşirelik yapabilmek için:

- ◆ Türk vatandaşı olmak,
- ◆ Sağlık Meslek ve Özel Hemşire Meslek Liselerinde eğitim görmüş olmak veya üniversitelerin bünyesinde bulunan Yüksek Hemşirelik Okullarında eğitim görmüş ve diploma almış olmak,
- ◆ Bu diplomanın Sağlık Bakanlığı tarafından onaylanması ve tescil edilmesi gerekir.

Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliğinin 132. maddesine göre *“Hemşire, hasta ile tıbbi ve psikolojik bakımdan devamlı ilgilenilebilecek yapıda ve yetenekte, sağlık meslek lisesi mezunu yardımcı sağlık personelidir.”*

1.1.3.6. Sağlık Hizmeti Veren Diğer Kişiler

Kanun maddesinin gerekçesinde³² söz konusu ihbar yükümlülüğünün, madde metninde sayılan sağlık mesleği mensupları ile sınırlı olmadığı, örneğin bir tıbbi tahlil laboratuvarında görev yapan kişilerin de bu kapsamda olduğu belirtilmektedir. Bu durumda “sağlık hizmeti veren diğer kişiler” deyiminin kapsamını oldukça iyi belirlemek gerekecektir. Daha sonra “suçun faili” başlığı altında konu geniş kapsamlı olarak incelenecek olmakla birlikte bu deyim kapsadığı kişilerin tanımı bu bölümde yapılacaktır.

³¹ **Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi**, Cilt: 10, s. 5184.

³² Arslan ve Azizağaoğlu, a.g.e., s. 1123.

657 Sayılı Devlet Memurları Kanununun “Sınıflandırma” başlıklı 36. maddesinde Devlet memurları görevlerinin gerektiği niteliklere ve mesleklere göre on sınıfa ayrılmış olup bu sınıflardan üçüncüsü de Sağlık Hizmetleri ve Yardımcı Sağlık Hizmetleri sınıfıdır. İlgili maddede “*Bu sınıf, sağlık hizmetlerinde (hayvan sağlığı dahil) mesleki eğitim gören 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 dahil), sağlık savaş memuru, hayvan sağlığı memuru ve benzeri sağlık personeli kapsar.*” denilmektedir. Bu maddeye göre daha önce yukarıda tanımlarını verdiğimiz tabip, diş tabibi ve eczacı (veteriner hekim hayvan sağlığı ile ilgili olduğundan çalışmamızın konusu bakımından kapsam dışı bırakılmıştır) mesleki eğitim gören yetişmiş personel kapsamında olup maddede sayılan diğer personel yardımcı sağlık personeli kabul edilmektedir.

Sağlık Bakanlığı Atama ve Nakil Yönetmeliğinin “Kapsam” başlıklı 2. maddesinde de “*Bu Yönetmelik atamaları merkezden yapılan Sağlık Hizmetleri Sınıfına dahil personeli kapsar*” denilerek DMK nun ilgili maddesine atıf yapılmaktadır. Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanunun “Terimler” başlıklı 2. maddesinde de sağlık personelinin tanımı şu şekilde yapılmıştır: “*Sağlık Personeli, sağlık hizmetlerinde maaş, ücret, yevmiye ve mukavele ile istihdam edilen ve bu sahada mesleki eğitim gören yetişmiş olanlardır. Bu hizmet sahasında çalışan ve yüksek eğitim yapmamış olanlar yardımcı sağlık personelidir.*” Bu maddeden de anlaşıldığı gibi uzman tabip, tabip, diş tabibi ve eczacı gibi lisans ve yüksek lisans düzeyinde mesleki eğitim gören personel sağlık personeli, diğer personel de yardımcı sağlık personeli olarak adlandırılmaktadır.

Yeni (5237) TCK nun 280. maddesinde geçen “sağlık hizmeti veren diğer kişiler” kavramının kapsamını tam olarak belirleyebilmek için Sağlık Bakanlığı Atama ve Nakil Yönetmeliğinin de atamalarda uyguladığı Sağlık Bakanlığı Taşra

Teşkilatı Yatak ve Kadro Standartları Yönetmeliği ile Eki Cetvellerin Değiştirilmesine Dair Yönetmelikteki³³ sağlık hizmetleri sınıfına dahil personelin unvanlarına bakmak gerekecektir. Adı geçen yönetmelikte sayılan unvanlar şunlardır: Uzman tabip, tabip, diş hekimi, eczacı, ebe, hemşire, tıbbi teknolog, biyolog, psikolog, diyetisyen, sosyal çalışmacı, ambulans teknisyeni, çocuk gelişimcisi, sağlık teknikeri, fizyoterapist, odyolog, sağlık fizikçisi, kimya ve gıda mühendisi, sağlık memuru³⁴ (toplum sağlığı memuru, çevre sağlığı teknisyeni, diş ve protez teknisyeni, röntgen teknisyeni, laboratuvar teknisyeni, anestezi teknisyeni, ortopedik cihaz ve protez teknisyeni, fizik tedavi teknisyeni, ilk ve acil yardım teknisyeni, tıbbi sekreter).

1.2. İHBAR YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN TARİHSEL GELİŞİMİ

İhbar yükümlülüğünün, meslek sırrının ifşası suçunun meşru bir sebebi,³⁵ yani hukuka uygunluk sebebi³⁶ olarak kabul edildiğini ve özellikle çalışmamızın konusunun “sağlık personelinin” ihbar yükümlülüğü olduğunu göz önünde bulunduracak olursak, tarihsel gelişimi incelerken bu iki suçun birbirine paralel bir tarihsel süreç göstereceği düşünülerek, öncelikle hekimin veya sağlık personelinin meslek sırrını ifşası ile ilgili tarihsel süreci ele almak yerinde olacaktır.

³³ 12.12.1995 tarih ve 22491 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

³⁴ Sağlık memuru 1219 sayılı Kanununun 3. ve 58. maddelerinde Sağlık Bakanlığı tarafından açılan ve yönetilen okullardan mezun olan küçük sıhhiye memuru ve bu okullara muadil okullardan mezun olup diploması Bakanlık tarafından tasdik ve tescil edilen memur olarak tanımlanmıştır. Sağlık memurları halkın sağlık eğitimini, çevre sağlığı hizmetlerini, aşı uygulamalarını ve okul sağlığı hizmetlerini yürütürler ve küçük cerrahi müdahaleleri (sünnet vb.) yapabilirler. Bkz: İ. Hamit Hancı, **Hekimin Yasal Sorumlulukları ve Hakları**, Genişletilmiş 2. Baskı, İzmir, s. 481; 13.11.1979 tarih ve 16808 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Sağlık Meslek Liseleri Yönetmeliğinin 4. Maddesinde ihtiva ettiği bölümler sayılmıştır. Buna göre sağlık memuru ortak unvanı altında toplum sağlığı memuru, çevre sağlığı teknisyeni, laboratuvar teknisyeni, radyoloji veya röntgen teknisyeni, ortopedik cihaz ve protez teknisyeni, anestezi teknisyeni, fizik tedavi teknisyeni, ilk ve acil yardım teknisyeni, tıbbi sekreter ve ayrıca diş ve protez teknisyeni yetiştirilmektedir.

³⁵ Gözübüyük, a.g.e., s. 599.

³⁶ Durmuş Tezcan ve Mustafa Ruhan Erdem, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 1. Baskı, İzmir 2000, s. 117.

1.2.1. Meslek sırrını ifşa suçu

Eski çağlardaki hukukta meslek nedeni ile öğrenilen sırların açıklanmasını cezalandıran genel bir kural mevcut değildi. Bununla beraber belirli bazı meslekler, özellikle hekimler için mesleklerini icra sırasında öğrendikleri sırları saklamaları öngörülmekteydi. Hint Hukukunda³⁷ eski tıbbi eserlerden Rigveda ve Ajurveda hekimlerden ihtiyatlı davranmalarını talep ederken, amaçlardan biri de öğrendikleri sırrın saklanmasıydı.³⁸ Yine Eski Yunan Hukukunda, “ Hippocrate yemini” olarak bilinen ve günümüzde de uygulama alanı bulunan yeminde hekimlerin öğrendikleri sırları saklayacakları öngörülmüyordu.³⁹ Roma Hukukunda sır saklamaya ilişkin genel bir hüküm mevcut olmamasına rağmen, İmparatorluk devrinde özellikle hekimlere susma yükümlülüğü getiren kanunlar oluşturulmuştur.⁴⁰ Meslek sırrı, mesleğin vakar ve haysiyeti ile ilgili bir kavram olarak kabul edilmiştir. Meslek sırrı ilk zamanlarda hekimlikte istisnasız bir surette kabul edilmişken; sonraları hukuk biliminin gelişmesi, değişen hayat şartları ve toplum bünyesindeki sosyal gelişmeler dolayısıyla zayıflamaya ve bazı kayıt ve şartlara tabi tutulmaya başlanmıştır. Toplumun sağlığını korumak düşüncesiyle bulaşıcı hastalıkların ihbarı mecburiyeti, doğumların ihbarı,zührevi hastalıkların bildirilmesi, süt anneleri ve onların emzirdikleri çocuklar için hekim raporunun mecburi oluşu gibi zaruretler,sır dokunulmazlık kurumunun mutlakıyeti fikrini nispileğe çevirmiştir. Mahkeme içtihatları da bu değişime ayak uydurmuşlardır. İlk defa Bordeaux Cerrahlar Sendikası Nizamnamesi “*Gizli hastalıklar ifşa edilemez. Zaruri haller müstesnadır*” demek suretiyle, daha önce mutlak surette kabul edilen meslek sırrının, bazı hallerde ifşa edilebileceğini kabul etmiştir.⁴¹

³⁷ Hint tarihine ait mevcut ilk eserler, Vedalar adını taşıyan dini kutsal kitaplardır. Vedalar nesilden nesle, ağızdan ağza naklolunmuş ve ancak M.Ö. 6. yy. da yazılı hale sokulabilmiştir. Hintliler bu kutsal kitapların Tanrı sözü olduklarına inanmışlar ve onların muhtevalarına karşı büyük bir titizlik ve hassasiyet göstermişlerdir. Bkz. Recai G. Okandan, “Hintte Devlet ve Devletle İlgili Teorik Görüşler”, **İÜHFİM**, Cilt:X, Sayı: 3-4, İstanbul 1945, s. 475, dn. No: 1

³⁸ Heim, **Le Secret Medical Dans le Code Penal Suisse**, These, Lausanne 1914, s. 11; Nakleden Donay,a.g.e., s. 26.

³⁹ Çağatay Üstün, “Hippocrate Diyor Ki...”, **Sandomed**, Sayı: 15, Yıl: 2, 1994, s. 2.

⁴⁰ Süheyl Donay, **Meslek Sırrının Açıklanması Suçu**, İstanbul 1978, s. 27.

⁴¹ Çağlayan, a.g.e., s. 496.

Ancak hekimlik mesleğinin icrası nedeni ile öğrenilen sırların açıklanmasını genel bir biçimde yasaklayan kanunlaştırma hareketlerine 19. yy. ın başına kadar rastlanmamıştır.⁴²

Meslek sırrının açıklanmasını cezalandıran ve bu konuda derli toplu hükümleri getiren ilk kanun 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunudur.⁴³ Anılan kanunun 378. maddesinde yer alan hüküm, 1994 tarihli yeni Fransız Ceza Kanunu'nun 226-13. ve 226-14. maddelerinde düzenlenmiş olup, bazı değişikliklere rağmen halen yürürlüktedir. 226-13. maddede esas itibarıyla hekim, cerrah, ebe, eczacı ve sağlık memurları tek tek sayılmamış, genel olarak mesleki durumu nedeni ile kendisine sır tevdi edilenlerin bu sırrı açıklamaları halinde bir yıla kadar cezalandırılacakları hüküm altına alınmıştır. 226-14. maddede ise bu hükmün uygulanmayacağı durumlar düzenlenmiştir.⁴⁴

Bu kanundan iktibas edilen Belçika Ceza Kanunu'nun 458. maddesinde ve 1830 tarihli Sardunya ve 1853 tarihli Toscana Kanunlarında da meslek sırrının ihlali düzenlenmiştir.⁴⁵ Daha sonra 1871 tarihli Alman Ceza Kanunu'nun 300. maddesindeki ve 1926 tarihli 765 sayılı Ceza Kanunumuzun kaynağını teşkil eden 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nun 163. maddesindeki düzenleme ile meslek sırlarının açıklanması yasaklanmıştır.⁴⁶

⁴² Donay, a.g.e., s. 27.

⁴³ Majno, **Ceza Kanunu Şerhi, (Türk ve İtalyan Ceza Kanunları)**, Cilt: 4, Yargıtay Yayınları No: 14, Ankara 1981, s. 148.

⁴⁴ Article 226-13: "The disclosure of secret information by a person entrusted with such a secret, either because of his position or profession, or because of a temporary function or mission, is punished by one year's imprisonment and a fine of E 15,000."

Article 226-14: "Article 226-13 is not applicable to the cases where the law imposes or authorises the disclosure of the secret. In addition it is not applicable:

- 1) to the person informing a judicial, medical or administrative authority of cruelty or deprivation of which he has knowledge and which has been inflicted on a minor under fifteen years of age, or a person unable to protect himself because of his age, psychic or physical state;
- 2) to the physician who, with the agreement of the victim, brings to the knowledge of the public prosecutor acts of cruelty that he has observed in the exercise of his profession that cause him to believe that sexual violence of any nature has been committed."; **Code Penal** Erişim: 24.06.2006, http://www.legifrance.gouv.fr/html/codes_traduits/code_penal_textA.htm

⁴⁵ Majno, a.g.e., s. 148.

⁴⁶ Donay, a.g.e., s. 28.

Kilise Hukukunda ise Kilise Kanunu'nun 1557. paragrafında bazı meslek sahiplerinin; hekim, ebe, avukat ve noterlerin öğrendikleri sır konusunda doğruyu söyleyemeyecekleri, sır saklamakla yükümlü oldukları belirtilmiştir.⁴⁷

Türk hukukunda İslâmiyet'in kabulünden önce, mevcut olan pozitif metinlerde meslek sırrının açıklanması konusunda herhangi bir hüküm mevcut değildir.⁴⁸ İslâm hukukunda ise başkasının sırrını, özellikle meslek sahibinin müşterisinin sırrını açıklaması taziren cezalandırılan bir fiil olarak kabul edilmiş, yani İslâm hukuku kaynaklarında suç olarak gösterilmemiştir.⁴⁹ Gökçen, bu dönemde, günlük yaşamda rastlanan fiillerin suç sayılıp sayılmayacaklarının ve sayılmışlarsa haklarında nasıl bir yaptırım uygulanacağını, devlet başkanının, ona vekaleten yargıçların ve hatta yüksek devlet memurlarının takdirine bırakıldığını belirtmektedir.⁵⁰

Osmanlı İmparatorluğu döneminde 1274 (1858) Ceza Kanunname-i Hümayunu'na kadar meslek sırrının açıklanması suçuna rastlanmamaktadır. 1810 Fransız Ceza Kanunu'nun bir tercümesi olarak 1858 tarihinde hazırlanan ve 1926 yılına kadar yürürlükte kalan bu kanunda Fransız Ceza Kanunu'nun 378. maddesi hemen hemen aynen iktibas edilmiştir.⁵¹ Daha sonra 1889 İtalyan Ceza Kanunu'nun 163. maddesi, 1926 tarihli Ceza Kanunumuzun 198. maddesinde düzenlenmiştir.

⁴⁷ Naz, **Dictionnaire de Droit Canonique Tome éme Paris**, 1965, col 896, Nakleden Donay,a.g.e., s.30.

⁴⁸ Coşkun Üçok, **Türk Hukuk Tarihi Dersleri**, 4.Bası, ANKARA, 1966, s. 71 ve son

⁴⁹ Önceden belirtilmemiş olan suçlara ve belirtilmiş olup da cezaları gösterilmemiş olan suçlara verilecek cezayı yargıç tayin eder ve buna Tazir adı verilir. Bkz. Coşkun Üçok ve Ahmet Mumcu, **Türk Hukuk Tarihi**, 7.Baskı, Ankara 1993, s. 64.; Hayreddin Kocaman, **Mukâyeseli İslam Hukuku**, İstanbul 1974, s. 84.; Tazir sözcüğü yasaklamak, cezalandırmak, zorlamak, reddetmek, terbiye etmek anlamında kullanılmaktadır.Tazir cezaları şunlardır: Azarlama, dayak, hapis, sürgün ve hatta ölüm. Ne gibi fiillerden dolayı tazir cezalarından hangisinin uygulanacağı çoğu kez saptanmadığından ve bu konuda yargıçlara, fiilin ağırlığına ve failin ahlaki durumuna göre uygun gördükleri cezaya hükmetme konusunda geniş takdir yetkisi verildiğinden tazir, İslam Hukukunda yasal sistemin yanında tamamen takdiri ve hatta keyfi bir ceza sistemi olarak yer almıştır. Böylece, suç ve cezaların yetkili kişilerin takdirine göre belirlenmesi, daha önce hukuk metinlerinde yer almamaları, "kanunsuz suç ve ceza olmaz" kuralının, İslam Ceza Hukuku'nda birçok suç ve cezalarda uygulama alanı bulamamasına neden olmuştur. Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Cüneyt Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Birinci Kitap Seçkin Yayınevi, Ankara 2002, s. 106-107.

⁵⁰ y.a.g.e., s. 106.

⁵¹ Donay,a.g.e , s. 33.

1.2.2. İhbar Yükümlülüğü

İhbar yükümlülüğü ile ilgili olarak tarihsel gelişim sürecine bakıldığında, ilk hukukçuların ihmali suçlar hakkında genel prensipler koymayıp, karşılaştıkları her olay için münferit çözümler getirdikleri, bu kapsamda da özellikle suçların işlenmesine engel olunması ve işlenen suçların ihbar edilmesinin ihmali ile meşgul oldukları görülmektedir.⁵²

Hammurabi Kanunlarının 109. maddesine göre “*Eğer bira satıcısı (meyhaneci) kadının evinde haydutlar toplanırsa, o haydutları yakalamaz ve (kadın) onları saraya yollamazsa, o bira satıcısı kadın öldürülecektir.*”⁵³

Eski Mısır’da suçları ihbar etmeyenlerin dövülmek suretiyle cezalandırıldıkları, yine Mısırlı vatandaşların her sene mallarını ve kazançlarını resmi makamlara bildirmekle yükümlü tutuldukları ve bu hususta doğru bilgi vermeyenlerin ölüm cezasına dahi çarptırıldıkları görülmektedir.⁵⁴

Moğol Hukukunda, 1640 tarihli Oyrat-Moğol Kanunu’nun Ceza Hukuku kısmının “Devlete karşı işlenen suçlar” başlıklı 1. bölümünün 5. maddesine göre “*Savaşın başlama tehlikesi olduğunu öğrenip de haber vermeyi ihmal eden kimse düşman sayılarak cezalandırılır.*” 7. maddeye göre de “*Bir düşman kalabalığı görüp de haber vermeyen kimsenin malları yağma edilir ve kendisi çoluk çocuğu ile birlikte köle olur.*”⁵⁵

Avrupa Hukuk Tarihi’ne bakıldığında ilk olarak Platon “Kanunlar” adlı eserinin IX. kitabında, bir kimsenin bir diğerini öldürdüğünü bildiği halde durumu ilgili mercilere bildirmeyen kimsenin bizzat o fiili işleyen kişi gibi cezalandırılması

⁵² Sulhi Dönmezer, “İhmal Sureti ile İcra Suçları”, **İÜHFİM**, Cilt: IX, Sayı: 3-4, s: 473-494, İstanbul 1944, s. 475.

⁵³ Mebrure Tosun ve Kadriye Yalvaç, **Sümer, Babil, Assur Kanunları ve Ammi Şaduqa Fermanı**, Ankara, 1975, s. 195.

⁵⁴ Recai G. Okandan’ den nakleden Süleyman Akdemir, **Türk Ceza Kanununda Vazifeyi İhmal Suçları**, İstanbul 1982, s. 6.

⁵⁵ Curt Alinge, **Moğol Kanunları**, Çev. Coşkun Üçok, Ankara 1967, s. 153.

gerektiğini savunmuştur.⁵⁶ Orta çağın Hıristiyan bilginleri de, ihmali suçların, icrai suçlar gibi birer suç olarak değerlendirilmesini, ancak icrai suçlara nazaran daha hafif cezalarla cezalandırılmaları gerektiğini kabul etmişlerdir.⁵⁷

Roma Hukukunda, Glossatörlerden Farinacius özellikle suçları ihbar etmeme hallerini içeren birçok faraziye ortaya koymuştur. Farinacius'a göre, örneğin suikastı bilenler, kocasının katlolunacağını bilen eş, durumu haber vermez veya suça engel olmazlarsa şerik olarak kabul edileceklerdir. yni şekilde akrabalarına yahut dostuna tecavüz olduğunu görüp de, kendisi için hiçbir tehlike söz konusu olmadığı halde bu kimseleri müdafaa etmeyen şahsın da cezalandırılması gerekir.⁵⁸

Bundan başka Roma Hukuku'nda; tecavüz olunan efendisini müdafaa etmeyen esir, düşman ile temas halindeyken subayının yardımına koşmayan asker, karısının fuhşuna katlanan koca, biraderinin babalarına karşı tuzak kurduğunu bildiği halde ihbar etmeyen oğul da cezalandırılırdı.⁵⁹

Asıl olarak meslek sırrının ifşasının kanunlarda suç olarak düzenlenip cezalandırılmaya başlanmasıyla eş zamanlı olarak, yani yine 19.yy başlarında ihbar yükümlülüğü de kanunlarda düzenlenmeye başlanmıştır. 1805 tarihli Yeni Prusya Suç Talimatnamesi'nin 11. maddesinde, kaçırılan bir kimsenin veya çalıntı şeylerin saklandıkları yeri haber vermeyi ihmal edenlerin cezalandırılacağı öngörülmüştür.⁶⁰ 1830 tarihli Sardunya Ceza Kanunu'nun 308. maddesi, bulaşıcı hastalıklar, yaralanma ve sair bedeni tahribat hallerinde Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu'nun emrettiği "*haber verme ve ifşaatda geciken veya zühul eden hekim, cerrah ve sair bütün sıhhiye mensuplarının yüz lirete kadar ve daha ağır hallerde hapis ve sanatını yapmaktan memnuiyete*" mahkum edileceğini öngörmüştür.⁶¹

⁵⁶ Dönmezer, a.g.e., s. 476.

⁵⁷ y.a.g.e., s. 476.

⁵⁸ Dönmezer, a.g.e., s. 476.

⁵⁹ Honig'den Nakleden Dönmezer, a.g.e., s. 477.

⁶⁰ Schünemann'dan Nakleden Hakan Hakeri, **Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri**, Ankara 2003, s. 39.

⁶¹ Majno, a.g.e., s. 258-259.

1853 tarihli Toscana Kanunları'nda ve Toscana Polis Nizamnamesi'nde de “*Vazifelerinin ifası esnasında adliye ve polisi ehemmiyetle alakadar edebilecek vakaları derhal alakadar makama ihbar etmekte geciken ve gevşeklik gösteren hekim ve cerrahlar elli lireten yedi yüz lirete kadar para cezasına*” mahkum edileceği belirtilmiştir.⁶² Daha sonra bu hükümler Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu'nun 102. ve 103. maddeleriyle tamamlanmıştır.

Daha sonra 1868 tarihli İtalyan Polis Kanunu layihasında (madde 184), 1870 İtalyan Ceza Kanunu layihasında ve Ayan Projesinde (madde 242) ihbar mecburiyeti muhafaza edilmiştir.⁶³ Ancak bu ihbar mecburiyetine karşı büyük muhalefet olmuş, İtalya'da da Fransa'da olduğu gibi hekimler, bu maddenin, kendilerini vicdanlarıyla mücadeleye soktuğu gerekçesiyle kaldırılmasını istemişlerdir. Bunun üzerine 1887 layihadaki bu maddeye “*yardım edilen kimsenin takibata maruz kalabileceği hallerde sıhhiye mensuplarının mükellefiyetinin ortadan kalkacağı*” fıkrası eklenerek muhalefet yatıştırılmıştır.⁶⁴

Nihayet İhbar yükümlülüğü mehzaz 1889 İtalyan Ceza Kanunu'nun⁶⁵ 439.maddesinde “*Cürümü haber vermekte zühul*” başlığı altında “*Hekim, cerrah, ebe yahut sair sıhhiye memurları eşhas aleyhinde işlenmiş bir cürüm asarını gösteren ahvalde sanatlarının icap ettiği yardımı ifa ettikten sonra keyfiyeti adliyeye veya zabıtaya bildirmezler yahut ihbar hususunda tehhür gösterirlerse bu ihbar kendisine yardım ettikleri kimseyi takibata maruz kılacak ahval müstesna olmak üzere elli lirete kadar hafif para cezasına mahkûm olurlar.*” şeklinde kabul edilmiştir.

Türk Hukukunda, ihbar yükümlülüğü ile ilgili olarak da İslâmiyetin kabûlünden önceki dönemlere ait herhangi bir hükme rastlanmamaktadır. İslam hukukunda ise başkalarının sırlarını öğrenmeyi amaçlayan davranışlarda bulunmak veya herhangi bir şekilde öğrenilen kabahatleri başkalarına söylemek günah olarak

⁶² y.a.g.e., s. 259.

⁶³ Majno, a.g.e., s. 259.

⁶⁴ y.a.g.e., s. 259.

⁶⁵ 1889 İtalyan Ceza Kanunu İtalyan Adalet Bakanı Zanardelli tarafından parlamentoya getirildiği için Zanardelli Kanunu olarak da bilinmektedir. Bkz: Kayıhan İçel ve Feridun Yenisey, **Ceza Kanunları, TCK,CİK,CMUK**, 8. Baskı, İstanbul 1997, s. 13.

kabul edilmiştir.⁶⁶ Örneğin günah teşkil eden harekette bulunan kimsenin günahkâr olduğunu açıklamak taziren cezalandırılır.Hatta tazirden kurtulmak için o kimsenin günahını kanıtlamak istemesi de dinlenmez. Çünkü kişinin günah teşkil eden fiilini zorunlu olmadıkça teşhir etmek caiz değildir.⁶⁷ Hatta suç yalnız Allah'a karşı işlenmişse ve bunu kimse görmemişse, suçluya bunu saklaması, suç meydana çıkmışsa yadsınması ve eğer itiraf etmişse, ikrarını geri alması, yalnız sessizce Allah'tan af dilemesi önerilmektedir. Çünkü Allah merhametlidir ve affeder.⁶⁸

Osmanlı uygulamasında örneğin Kanuni Kanunnamesi'nde bir hırsızlık suçundan haberdar olup da bunu bildirmemek cezalandırılmıştır.⁶⁹ 1256 (1840) Ceza Kanunnamesi, son sözünde eşitlik ilkesini tekrarladıktan sonra, yasaların uygulanmasının yalnız devlet memurlarının değil, bütün bireylerin denetimi altında bulunduğunu ve uygulanmamaları halinde bireylerin durumu ihbara ve hakkın yerine getirilmesini istemeye yetkileri olduğunu açıklamıştır.⁷⁰ 1274 (1858) tarihli Ceza Kanunu'nun 97.maddesi de bir dava ile ilgili emir, iltimas ve ricayı devlete ihbar etmeyen kimsenin cezalandırılacağını amirdir.⁷¹

Türk hukukunda, 1926 yılında yürürlüğe giren 765 sayılı Ceza Kanunu'nun sağlık mesleği mensuplarının ihbar yükümlülüğü ile ilgili kaynağını, 1889 İtalyan Ceza Kanunu'nun 439. maddesi oluşturmuştur. Türk Ceza Kanunu'nda bu madde 530. madde olarak "Cürmü Haber Vermekte Zühul" başlığı altında düzenlemiştir. Bu maddeye göre "Hekim, cerrah, ebe yahut sair sıhhiye memurları eşhas aleyhinde işlenmiş bir cürüm asarını gösteren ahvalde sanatlarının icap ettiği yardımı ifa ettikten sonra keyfiyeti adliyeye veya zabıtaya bildirmezler yahut ihbar hususunda tehhür gösterirlerse -bu ihbar kendisine yardım ettikleri kimseyi takibata maruz

⁶⁶ M.Reşit Belgesay, **Kur'an Hükümleri ve Modern Hukuk, Mevzuat, İçtihatlar, Tatbikat**, İstanbul 1963, s. 242.

⁶⁷ Ö.Nasuhi Bilmen, **Hukuk-i İslamiyye ve İstilahat-ı Fıkhiyye Kamusu**, 3.Cilt, İstanbul 1958, s. 322.

⁶⁸ Üçok ve Mumcu, a.g.e., s. 59.

⁶⁹ Kanuni'nin Umumi Kanunnamesi (II) md.10, Ahmet Akgündüz, **Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri, 4.kitap Kanuni Devri Kanunnameleri**, İstanbul 1992, s. 637.

⁷⁰ Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, a.g.e., s. 113.

⁷¹ Akgündüz, a.g.e., s. 849.

kılacak ahval müstesna olmak üzere- beşbindört yüz liraya kadar hafif cezayı nakdiye mahkum olurlar.”

Sağlık mesleği mensuplarının ihbar yükümlülüğü ile ilgili en son düzenleme yeni (5237) Türk Ceza Kanunu'nun 280. maddesinde “ Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi” başlığı altında yer almıştır. Bu maddeye göre “*Görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşmasına rağmen, durumu yetkili makamlara bildirmeyen veya bu hususta gecikme gösteren sağlık 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.”

Bunun dışında hem Türk Ceza Kanunu'nda, hem de diğer kanunlarda düzenlenmiş olan başka bazı ihbar yükümlülükleri de bulunmaktadır.

Yeni (5237) TCK'da, yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçu 98. maddede, bilgi vermeme suçu 166. maddede, genel suçu bildirmeme suçu 278. maddede, kamu görevlisinin suçu bildirmemesi suçu 279. maddede, tutuklu, hükümlü veya suç delillerini bildirmeme suçu 284. maddede düzenlenmiştir. Devlet sırlarından yararlanma ve Devlet hizmetlerinde sadakatsizlik suçunun düzenlendiği 333. maddenin 4. fıkrasında da bu maddede sayılan suçların işleneceğini haber alıp da bunları zamanında yetkililere ihbar etmeyenlerden söz edilmiştir.⁷²

⁷² **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

Madde 166- (1) Bir hukuki ilişkiye dayalı olarak elde ettiği eşyanın, esasında suç işlemek suretiyle veya suç işlemek dolayısıyla elde edildiğini öğrenmesine rağmen, **suçu takibe yetkili makamlara vakit geçirmeksizin bildirimde bulunmayan kişi**, altı aya kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.

Madde 278- (1) İşlenmekte olan bir suçu **yetkili makamlara bildirmeyen kişi**, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) İşlenmiş olmakla birlikte, sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması halen mümkün bulunan bir **suçu yetkili makamlara bildirmeyen kişi**, yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır.

5271 sayılı CMK'nın 158. maddesinde ihbar ve şikayetlerin hangi mercilere ve nasıl yapılacağı, 159. maddesinde de şüpheli ölümün ihbarı düzenlenmiştir.⁷³

1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu'ndaki ihbar yükümlülükleri bulaşıcı hastalıklarla ilgilidir. Belirli hastalık ve zehirlenmelerin toplum sağlığını tehlikeye düşürmesi nedeni ile açıklanması zorunlu kılınmıştır. Burada toplumun yararının şahsın yararına üstün tutulması söz konusudur. Bu tür durumlar çoğu kez dolaylı da olsa adli özellik göstermektedir.⁷⁴

(3) Mağdurun onbeş yaşını bitirmemiş bir çocuk, bedensel veya ruhsal bakımdan özürlü olan ya da hamileliği nedeniyle kendisini savunamayacak durumda bulunan kimse olması halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza, yarı oranında artırılır.

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.

Madde 284- (1) Hakkında tutuklama kararı verilmiş olan veya hükümlü bir kişinin bulunduğu yeri **bildiği halde yetkili makamlara bildirmeyen kimse**, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) İşlenmiş olan bir suçla ilişkin delil ve eserlerin başkaları tarafından saklandığı yeri bildiği halde yetkili makamlara bildirmeyen kimse, yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır.

(3) Bu suçların kamu görevlisi tarafından göreviyle bağlantılı olarak işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(4) Bu suçların üstsoy, altsoy, eş veya kardeş tarafından işlenmesi halinde, cezaya hükmolunmaz.

Madde 333- (1) Görevi dolayısıyla öğrendiği ve Devletin güvenliğinin gizli kalmasını gerektirdiği fenni keşif veya yeni buluşları veya sınai yenilikleri kendisinin veya başkasının yararına kullanan veya kullanılmasını sağlayan kişi, beş yıldan on yıla kadar hapis ve üçbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

(2) Fiil, Türkiye ile savaş halinde bulunan bir devletin yararına işlenir veya Devletin savaş hazırlıklarını veya savaş etkinliğini veya askerî hareketlerini tehlikeye sokacak olursa, faile müebbet hapis cezası verilir.

(3) Türkiye Devleti tarafından yabancı bir memlekette Devlete ait belirli bir işi görmek için görevlendirilen kimse, bu görevi sadakatle yerine getirmediği ve bu fiilden dolayı zarar meydana gelebildiği takdirde faile beş yıldan on yıla kadar hapis cezası verilir.

(4) Bu maddede tanımlanan **suçların işleneceğini haber alıp da bunları zamanında yetkililere ihbar etmeyenlere**, suç teşebbüs derecesinde kalmış olsa bile altı aydan iki yıla kadar hapis cezası verilir

⁷³**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 yükümlüdürler.**

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

⁷⁴ Koç ve Yorulmaz, a.g.e., s. 51.; Umumi Hıfzısıhha Kanunu'nun 48, 57, 58, 60, 61, 62, 97, 100, 104, 108, 113, 114, 115, 116, 137, 220 ve 221. maddelerinde bulaşıcı hastalıklar sayılarak, hangi hallerde ve ne şekilde ihbarda bulunulacağı düzenlenmiştir.

2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 82. maddesinde trafik kazalarındaki ihbar yükümlülüğü düzenlenmiştir. Bu kanun maddesi ile belirli kimselere özel bir yardım ve/veya ihbar yükümlülüğü yüklenilmiş bulunmaktadır.⁷⁵

5490 Sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 15. ve devamı maddelerinde doğumların ihbarı ile nüfus müdürlüklerinin yetkileri ve ihbar zorunluluğu bulunan diğer kişilerle ilgili düzenlemeler yer almaktadır.⁷⁶

⁷⁵**Madde 82** – Karayollarında meydana gelecek trafik kazalarına hemen el konmasını, ölü ve yaralıların taşınmasını veya yaralıların tedavisini veya sanıkların yakalanmasını sağlamak için,

a) Kaza yerinden geçmekte olan veya kazaya karışmış bulunan araçların sürücülere kaza mahallinde ilk yardım önlemlerini almaya ve **en yakın zabıtaya veya sağlık kuruluşuna haber vermeye** ve yetkililerin talebi üzerine yaralıları en yakın sağlık kuruluşuna götürmeye,

b) Şehirlerarası akaryakıt istasyonlarında, sahipleri veya işletenleri, belirlenen standartlara uygun ilk yardım malzemesini her an kullanılabilir durumda bulundurmaya,

c) Tamirhane, servis istasyonu, garaj sahip ve sorumluları; tesislerine, ölüm veya yaralanma ile sonuçlanan bir kaza geçirmiş olduğu belli olan veya üzerinde suç belirtisi bulunan bir araç gelince **geciksiz zabıtaya haber vermeye** ve bunları bir deftere işlemeye, zorunludurlar.

⁷⁶**Madde 15- 1)** Sağ olarak dünyaya gelen her çocuğun, doğumdan itibaren(Türkiye'de otuz gün içinde nüfus müdürlüğüne, yurt dışında ise altmış gün içinde dış temsilcilığe bildirilmesi zorunludur.

(2) Bildirim; veli, vasi, kayyım, bunların bulunmaması halinde, çocuğun büyük ana, büyük baba veya ergin kardeşleri ya da çocuğu yanında bulunduranlar tarafından, doğumu gösteren resmî belgeye dayanarak yapılabileceği gibi sözlü beyana dayalı olarak da yapılabilir.

(3) Yurt dışındaki doğum bildirimleri, yabancı makamlardan alınmış resmî belge veya raporun dış temsilcilığe verilmesi veya çocuğa konulan adın belirtildiği dilekçe ve ana ile babanın tam kimlik bilgileri ile nüfusta kayıtlı oldukları yeri gösteren belgelerle birlikte dış temsilcilığe gönderilmesi suretiyle de yapılabilir. Dış temsilcilik bildirim tarihi olarak evrakın postaya verildiği tarihi esas alarak düzenleyeceği doğum tutanağını nüfus müdürlüklerine göndermekle yükümlüdür.

(4) Doğumla ilgili yapılan bildirimler nüfus müdürlüklerince doğum tutanağına geçirilir.

(5) İlgilinin herhangi bir belge ibraz edememesi halinde sözlü beyanı esas alınarak bildirim tutanaklarına geçirilir ve doğum tutanakları bildirim yapan ile görevliler tarafından imzalanır.

(6) Ölü doğan çocuklar aile **kütüğüne** yazılmaz. Bir doğumda birden ziyade doğan çocuklar doğuş sırasıyla yazılırlar.

Madde 16- (1) Bu Kanunun 15 inci maddesinde belirtilen süreyi geçirdikten sonra bildirilen altı yaşını bitirmemiş olan çocukların doğum tarihinin tespitinde beyan esas alınır. Çocuk altı yaşını doldurmuş ise nüfus müdürlüğüne getirilerek resmî sağlık kuruluşunca yaşının tespit edilmesi sağlanır. Doğuma ait resmî belge ibraz edilmesi halinde, yaş tespitine gerek kalmaz

Madde 17- (1) Nüfus müdürlükleri; süresi içerisinde bildirilmemiş çocukların veya nüfusa tescil edilmemiş erginlerin varlığını haber aldıkları takdirde; erginlerin kendilerini, çocukların veli, vasi veya kayyımlarını, bunların bulunmaması halinde; büyük ana, büyük baba veya kardeşlerini ya da çocukları yanlarında bulunduranları veya muhtarları beyana davet etmeye yetkilidirler. İlgililer de bu davet üzerine otuz gün içinde nüfus müdürlüklerine başvurmak ve beyanda bulunmakla görevlidir.

(2) Verilen süre içerisinde bildirim yapılmaması halinde mülkî idare amirinin göreceği lüzum üzerine kolluk kuvvetlerince bunların zorla getirilmesi için gereken işlem yapılarak çocuğun aile kütüklerine tescili sağlanır.

Madde 18- (1) 2828 sayılı Kanunun yetkili kıldığı kuruluş yetkilileri, yetiştirme yurtları, bakım evleri ve benzeri yerlerin sorumluları ile kişiler; yanlarında çalıştırdıkları veya barındırdıkları çocuk veya erginlerin nüfus cüzdanlarını kontrol etmek, aile kütüklerine kayıtlı olmayanların tescillerini sağlamak için nüfus müdürlüklerine beyanda bulunmak ve gerekli işlemleri yaptırmakla görevlidirler.

(2) Kolluk görevlileri; kimlik kontrolleri veya herhangi bir işlem nedeniyle kimliğini ispat edemeyenlerle, nüfusta kayıtlı olmadığını tespit ettikleri kişileri, haklarında gerekli işlemleri yaptıktan sonra düzenleyecekleri evrakı o yerdeki nüfus müdürlüğüne bildirmekle yükümlüdürler.

KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA İHBAR YÜKÜMLÜLÜĞÜ

1.3.1.İtalyan Ceza Kanunu'nda İhbar Yükümlülüğü

İtalyan Ceza Kanunu'nun sağlık personelinin ihbar yükümlülüğü ile ilgili düzenlemeleri ve bu düzenlemelerin tarihsel sürecine yukarıda ayrıntılı olarak değinilmişti. 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nun 439. maddesinde düzenlenmiş olan sağlık personelinin ihbar yükümlülüğü, 1930 tarihli Yeni İtalyan Ceza Kanunu'nun 365. maddesinde yer almıştır.

Yeni İtalyan Ceza Kanunu'nun 365. maddesine göre “ *sağlık hizmetini ifa eden kimse, re'sen takibi gerekli bir suçun vasıflarını görürse, hizmetini ifa ettikten sonra, resmi makamlara bildirmez yahut bildirmede gecikirse*” cezalandırılır. Bu hüküm kabahatler bölümünde değil, cürümler bölümünde “Adliyeye Karşı Cürümler” arasında yer almakta ve şöyle devam etmektedir: “*Kendisine yardım edilen kimse ceza takibine maruz kalacak ise, bu hüküm uygulanmaz*”⁷⁷

Daha önce de değinildiği gibi İtalya'da bu madde sert tepkilere neden olmuş, hekimin “muhibir” haline getirilemeyeceği, bir yandan “meslek sırrı” kabul edilirken, diğer yandan ihbar zorunluluğunun çelişki olduğu, maddenin bir çeşit “casusluk” sonucunu doğuracağı yönünde eleştirilmiştir.⁷⁸

İtirazlar karşısında maddeye 2. fıkradaki şart eklenmiştir. “ *Bu ihbar kendisine yardım edilen kimseyi takibe maruz kılacak*” nitelikte ise ihbar zorunluluğu yoktur. Ancak bu durum ihbarın dolaylı bir takibe vesile olması hallerini içermez. Sadece ihbar sebebiyle doğrudan kişi hakkında takibat yapılacaksa ihbar zorunluluğu

(3) Okul müdürleri; okula kayıt için başvuran çocuklardan nüfusa kayıtlı olmayanların beyana dayalı kimlikleri ile baba, ana, vasi veya kayıumlarının kimliklerini ve adreslerini o yerin **nüfus müdürlüğüne bildirmekle görevlidirler.**

(4) Kamu veya özel kurumlar iş verecekleri kişilerden nüfus cüzdanı istemekle, nüfusta kayıtlı olmadıklarını anladıkları kişilerin beyana dayalı kimlik ve adreslerini **nüfus müdürlüklerine bildirmekle yükümlüdürler.**

⁷⁷ Lattanzi, (G), **İ. Codici penali**, (Milano 1962), n. 365., Nakleden Faruk Erem, in: **Türk Ceza Kanunu Şerhi, Özel Hükümler**, Cilt: III, Ankara 1993, s. 2581.

⁷⁸ Viazzi (B.), **trattato di diritto penale VII.**, s: 105, Nakleden Erem, a.g.e., s. 2580.

yoktur. Aynı şekilde ihbarın yapılması halinde kendisine karşı işlenen cürümden dolayı, kişinin yakın akrabasının takibe uğraması ihtimali, ihbar zorunluluğunu ortadan kaldırmaz.⁷⁹

Sağlık hizmetini ifa eden kimse suçun failidir. Mesleklerini gayri meşru bir şekilde icra edenler bu madde ile cezalandırılmazlar.⁸⁰ Muayene ve tedavi birden fazla kişi tarafından yapılmışsa her birinin ihbar zorunluluğu vardır.⁸¹ Yan sağlık hizmetlerini icra edenler (eczacılar, ilaç imal edenler gibi) bu madde dışında kalmaktadır. Ancak sağlık hizmeti verenlere yardım edenler bu madde kapsamına dahil edilmiştir.⁸²

Re'sen takibi gerekli bir suçun vasıflarının görülmesi, ihbar edilecek suç oluşturur. Mehzaz kanunun aksine Yeni İtalyan Ceza Kanunu yalnız “şahıslara karşı cürümleri” değil, tüm cürümleri nazara almıştır.⁸³ Yeni İtalyan Kanunu'nun cürmün “re'sen takibinin gerekli olmasını araması sebebiyle şikayete, talep ve izne bağlı suçlar kapsam dışı kalmıştır. Yani bu tip suçlarda ihbar zorunluluğu yoktur.⁸⁴

Gerekli yardımın yapılmasından sonra ihbar zorunluluğu, yardımın gecikmesine engel olmamak için öngörülmüştür.

Yeni İtalyan Ceza Kanunu (m.365) ihbarın yapılacağı makamı “ Adli makam veya ihbarı Adli makama bildirecek makam” olarak belirtir.

Kanun bir süre kabul etmemiş, yalnız gecikmeyi suç saymıştır. Ağır yaralamada, hayati tehlikede ihbar hemen yapılmalıdır. İtalyan Usul Kanunu (m.102) acele olmayan hallerde ihbar için 24 saatlik bir süre tanımıştır.⁸⁵

Yeni İtalyan Kanunu fiili “cürüm”saydığına göre “kast” aranacaktır.

⁷⁹ İtalyan Yargıtay Kararı, Manzini (V.) **Trattato di diritto penale**, (Torino 1926), IX. s. 75., nt:1, Nakleden Erem, a.g.e., s. 2581.

⁸⁰ Majno, a.g.e., s. 261.

⁸¹ Manzini, IX, s:67 nakleden Erem, a.g.e., s. 2582.

⁸² Carletti (T.), **Codice Penale**, (Franzo, 1916) m.439, Nakleden Erem, a.g.e., s. 2582.

⁸³ y.a.g.e., s. 2583.

⁸⁴ Brasielo (T.), **Il nuova Codice penale**, (Napoli,1935), m.365, s. 91, Nakleden Erem, a.g.e., s. 2584.

⁸⁵ y.a.g.e., s. 2585.

1.3.2. Alman Ceza Kanunu'nda İhbar Yükümlülüğü

Almanya'da ihmalin cezalandırılabilirliği ilk olarak rasyonalizm döneminde genel bir problem olarak tanınmış ve Ceza Hukuku bilimi tarafından araştırılmıştır. Bundan önce gerek kanun bazında ve gerekse uygulama ve öğreti bazında ancak müstakil bir takım olaylara ilişkin karar ve görüşlere rastlanmaktadır.⁸⁶

Aydınlanma çağı kanun çalışmalarında, ihmalin cezalandırılabilirliği özel birçok suç tipinin formüle edilmesi suretiyle açıklığa kavuşturulmaya çalışılmıştır. Örneğin 1794 tarihli Prusya Genel Hukuku ihmalî suçlara ilişkin birçok özel hükmü içermektedir. 1805 tarihli Yeni Prusya Suç Talimatnamesinin 11. maddesinde kaçırılan bir kimsenin veya çalıntı şeylerin saklandıkları yeri haber vermeyi ihmal edenlerin cezalandırılacağı öngörülmüştür.⁸⁷

Eski Doğu Alman Kanunu'nun 225 ve devamı maddelerinde bir suçun ihbarının ihmali düzenlenmiştir.⁸⁸

1871 yılında yürürlüğe giren Alman Ceza Kanunu'nun "Devlete Karşı İşlenen Suçlar" bölümünde "Adliye Aleyhine İşlenen Suçlar" başlığı altında 138. maddede "Planlanmış olan suçları ihbar etmeme suçu" düzenlenmiştir. Gerçek ihmal suçu olarak bu suç, hem kamunun güvenliğini sağlamak mükellefiyetinde bulunan adli mercilere, hem de işlenmek üzere olan suç ile tehdit edilen hukuki menfaatlere karşı işlenen bir suçtur. Suç işleme planını veya halen işlenmekte olan suçu, kanaat verici bir şekilde öğrenen kişi tarafından ihbar edilmesi mecburi olan suçlar, Alman Ceza Kanunu'nun 138.maddesinde sayılmıştır. Burada sayılan suçlardan başka, kurulmak üzere olan bir terör birleşimi ile, Alman Ceza Kanunu'nun 129 a maddesinin 3. fıkrası uyarınca cezalandırılmış bulunan (üye olmak, desteklemek veya propaganda yapmak) fiilleri ihbar mecburiyeti, 1976 yılında kanuna eklenmiştir.⁸⁹

⁸⁶ Schünemann'dan Nakleden Hakeri, a.g.e., s. 37-38.

⁸⁷ y.a.g.e., s. 39.

⁸⁸ Albrecht'ten Nakleden Hakeri, a.g.e., s. 48.

⁸⁹Hans-Heinrich Jescheck, **Almanya Federal Cumhuriyeti Ceza Hukukuna Giriş**,(Çev: Feridun Yenisey ve Köksal Bayraktar), İstanbul 1989, s. 124.; Alman Ceza Kanunu'nda kilometre taşı sayılabilecek reform, 1969 da kabul edilip 1975 yılında geçerlilik kazanan 1. ve 2. Ceza Hukuk Reformu

139.maddede, din adamları, aile mensupları, avukatlar, müdafiler ve doktorlar bakımından, planlanan suçu ihbar etmeme suçu açısından cezasızlık sebebi kabul edilmiştir. Ancak, din adamları dışında kalan kişilerin cezasızlık sebebinden yararlanabilmeleri için, fiile engel olmak için ciddi şekilde çaba göstermiş olmaları şarttır. Bu kişiler belli bazı ağır suçları da ihbar etmek mecburiyetindedirler.⁹⁰

1.3.3.İngiliz Hukukunda İhbar Yükümlülüğü

İngiliz Hukuku'nda 1959 yılı itibarıyla ihmali hareketin icrai harekete eşit görülmesi konusunda genel bir kabul bulunmadığı ve daha çok adam öldürme suçları ile ilgili olarak bu hususun benimsendiği belirtilmektedir. İngiliz Hukuku'nda ihbar yükümlülüğü içeren gerçek ihmali suçlara örnek olarak “bir trafik kazasından sonra durup, isim ve adresini bildirmeme veya 24 saat içinde polise duyurmama, terörizm faaliyetlerini ve faillerini ilgili makamlara bildirmeme” gösterilebilir.⁹¹

1.3.4. XIII. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresinde Gerçek İhmali Suçlara İlişkin Olarak Alınan Kararlar

İhbar yükümlülüğünün yerine getirilmemesi veya suçu bildirmeme suçu, tartışılırken ayrıntılı olarak ele alındığında da görüleceği gibi “gerçek ihmali suçlar” kategorisindedir. Bu sebeple bu bölümde 1984 yılında Kahire’de toplanan XIII. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi’nde gerçek ihmali suçlara ilişkin olarak alınan kararlara yer verilmesinin faydalı olacağı düşünülmüştür. Kongrede⁹² genel olarak gerçek ihmali suçlara ilişkin olarak birçok ülkede yeni suç tiplerinin ihdas edildiğinin altı çizilmektedir. Ancak yeni suç tiplerinin belirlenmesinde modern suç politikası esaslarına özen gösterilmediğinin dikkat çekici olduğu, bu itibarla da gerçek ihmali

kanunlarından oluşmaktadır. Bkz. Osman İsfen, “ve diğerleri Ceza Kanunları Nasıl Değiştirdiler?”, s: 25-26, **HPD**, Sayı:2, Sonbahar 2004; Alman Hukukunda 1975 yılına kadar nitelikli ihmali suçlara ilişkin pozitif bir düzenleme bulunmamaktaydı. 1975 yılında Alman Ceza Kanunu Genel Kısmı’nda çok önemli değişiklikler yapılmış ve 5. Ceza Hukuku Reform Kanunu ile yapılan bu değişikliklerden biri de kanunun genel kısmına nitelikli ihmali suçlara ilişkin 13. madde hükmünün eklenmesi olmuştur.; Hakeri, a.g.e., s. 54-55.

⁹⁰ Jescheck, a.g.e., s. 124.

⁹¹ Hakeri, a.g.e., s. 46.

⁹² y.a.g.e., s. 43.

suç tiplerinin ihdasında, kongrede belirlenen aşağıdaki prensiplere uyulması gerektiği ifade edilmektedir:

- ✓ **Korunan yararın önemi ile, bireylerin toplum karşısındaki yükümlülükleri göz önünde tutulmalıdır,**
- ✓ **Son yıllardaki “suç olmaktan çıkarma” eğilimi karşısında önemsiz ihlaller öncelikle özel hukuk veya idare hukuku yaptırımları çerçevesinde ele alınmalı ve özellikle de kasti olmayan ihmali suçlarda kriminal yaptırımlar kısıtlanmalı ve daha çok düzene aykırılıklar alanında cezalandırma öngörülmelidir,**
- ✓ **Belirli idari nitelikli kuralların ihlali halinde cezalandırmayı öngören hükümlerin kötüye kullanılması önlenmelidir.**

İKİNCİ BÖLÜM

5237 SAYILI YENİ TCK'DA SAĞLIK PERSONELİNİN İHBAR YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Yeni (5237) TCK'da “sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi” başlığı altında düzenlenen 280. madde şöyledir:

“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.”

Sistematik açıdan bakıldığında; bu hüküm, eski (765) TCK' nın kabahatler bölümünde “cürmü haber vermekte zühul” başlığı altındaki 530. maddenin⁹³

⁹³ 765 sayılı TCK'daki 530. madde şöyledir: “Hekim, cerrah, ebe yahut sair sıhiye memurları şahıslar aleyhinde işlenmiş bir cürüm asarını gösteren ahvalde sanatlarının icabettiği yardımı ifa ettikten sonra keyfiyeti adliyyeye veya zabıtaya bildirmezler yahut ihbar hususunda tehhür

karşılığıdır. Eski (765) TCK'daki 530. madde "Kabahatler" başlıklı Birinci babının ikinci faslında yer almaktaydı. Yeni (5237) TCK'daki düzenlemede ise bu suç "Özel Hükümler" başlıklı İkinci Kitabının "Mille ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler" başlıklı dördüncü kısmının "Adliye Karşı Suçlar" başlıklı İkinci Bölümü'nde yer almıştır.

Yeni (5237) TCK'daki 280. maddenin gerekçesi⁹⁴ "*Madde, mesleklerini icra ettikleri sırada tabip, dış tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişilerin öğrendikleri suçların ihbar yükümlülüklerini getirmiş bulunmaktadır. Söz konusu ihbar yükümlülüğü madde metninde sayılan sağlık mesleği mensupları ile sınırlı değildir. Örneğin, bir tıbbi tahlil laboratuvarında görev yapan kişiler açısından da mevcuttur.*

Devlet eliyle işletilen sağlık kuruluşlarında görev yapan sağlık mesleği mensupları, kamu görevlisi sıfatını taşımaktadır. Bu kişilerin suçu bildirme yükümlülüğüne aykırı davranışları halinde, yukarıdaki madde hükmü uygulanacaktır." şeklindedir.

2.1. 765 SAYILI KANUNLA KARŞILAŞTIRMA

Daha önce Erem,⁹⁵ eski (765) TCK' da bu fiilin kabahat sayılmakla isabetli bir yol tutulmadığını, Yeni İtalyan Ceza Kanunu'nda olduğu gibi fiilin cürüm sayılması gerektiğini belirtmiştir.

Ancak Yeni (5237) TCK'da bu maddenin görüşülmesi esnasında madde üzerinde görüşlerini belirten Samsun Milletvekili Haluk Koç'a göre⁹⁶ sağlık personeli için öngörülen böyle bir yaptırım yanlıştır. Yeni düzenleme ile mevcut Ceza Kanunu'ndan daha geri bir adım atılmıştır. 530. maddede bildirim zorunluluğu olan suçlar şahıslar aleyhinde sınırlı tutulmuşken, tasarıda bu sınırlama kaldırılmış,

gösterirlerse bu ihbar kendisine yardım ettikleri kimseyi takibata maruz kılacak ahval müstesna olmak üzere otuz liraya kadar hafif cezayı nakdiye mahkum olurlar."

⁹⁴ Arslan ve Azizağaoğlu, a.g.e., s. 1123.

⁹⁵ Erem, a.g.e., s. 2585.

⁹⁶ Noyan, a.g.e., s. 495 v.d.

bütün suçlar kapsama alınmıştır. Eski kanunun 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. Koç’a göre 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.⁹⁷

Herhangi bir biçimde bir suçla ilgisi olan veya ilgisi olduğu düşünülen hastaların, ihbar edilecekleri 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.⁹⁸

Madde üzerinde TBMM’de Adalet Komisyonu’nda yapılan görüşmeler esnasında Soyaslan da sağlık mesleği mensuplarına getirilen ihbar yükümlülüğünün, ihbar edilmek endişesiyle kişilerin sağlık hakkının kullanılmasını engelleyebileceğini, sağlık hakkının üstün tutulması gerektiğini, üstelik bu durumun sağlık personelinin tanıklıktan çekinme hakkı ile çeliştiğini belirtmiştir.⁹⁹

⁹⁷ Noyan, a.g.e., s. 496.

⁹⁸ Benzer tartışmalara İtalyan Ceza Kanunu’nun 1887 Layihasının görüşülmesi esnasında da rastlanmıştır. Bkz. Majno, a.g.e., s. 259.

⁹⁹ Niyazi Güney/Kenan Özdemir/Yusuf Solmaz Balo, **Gereke Ve Tutanaklarla Karşılaştırmalı Yeni Türk Ceza Kanunu**, Adil Yayınevi, Ankara 2004, s. 796.; Benzer bir görüş için Bkz: Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Caner A.Yenidünya, **5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 6. Baskı, Ankara 2005, s. 805.

Buna karşılık Sözüer, tanıklıktan çekinme hakkının bir suç vakası olduğunda söz konusu olamayacağını, tanıklıktan çekinme hakkının sadece bir dava açıldığında, suç oluşturmayan vakalar bakımından geçerli olacağını ifade etmiştir. Sözüer'e göre, bu madde özellikle terör örgütleri bakımından düşünülmüş ve polisle veya askerle çatışan kişilerin bazı yerlerde tedavi edilirken bunların ihbar edilmelerinin sağlanması amaçlanmıştır. Ayrıca hekime, AIDS gibi bulaşıcı hastalıkların bildirilmesi yükümlülüğünün de yüklendiğini eklemiştir.¹⁰⁰

Benzer şekilde, Adli Tıp Uzmanları Derneği¹⁰¹ de tasarıdaki maddeyi bu yönü ile eleştirmiş, eski (765) TCK' daki 530. madde ile sanık olan kişinin ihbar edileceği için tedaviden kaçmasının ve ölüm riskiyle karşı karşıya kalmasının engellendiğini, oysa yeni (5237) TCK' da 280. maddedeki düzenlemenin temel bir hak kabul edilen, yaşama hakkının ortadan kaldırılması anlamına gelebileceğini, kişilerin hukuki sonuçlardan endişe duyarak hekime başvurmaktan, tedavi olmaktan kaçınabileceklerini ifade etmiştir. İhbar yükümlülüğünün hekimlik mesleğinin, sağlık çalışanlarının evrensel değerleriyle birlikte düşünüldüğünde evrensel etik ilkelerle çelişen bir düzenleme olduğunu belirterek maddeye "*hekimlik uygulamaları dışında durumu yetkili makamlara bildirmeyen*" ibaresinin eklenmesini önermiştir.

Aynı şekilde Türk Tabipler Birliği¹⁰² de bu düzenlemeyi eleştirmiş, eski (765) kanundaki (530. madde) düzenlemenin sağlık gereksinimi olan bütün insanların suçlu ya da suçsuz ayrımı yapılmaksızın, ihbar edileceği kaygısından uzak şekilde sağlık yardımı alabilmelerini sağladığını, sağlık çalışanlarına sadece kendilerine başvuran kişiye yönelik bir suç işlendiğini gösteren halleri bildirme yükümlülüğü getirilmiş iken, yeni düzenlemede sağlık hizmeti verilen kişiye yönelik olsun olmasın her türlü suça ilişkin ihbar zorunluluğu getirildiğini, bu yapılırken de sağlık hizmetinin özelliğinin göz ardı edildiğini belirtmiştir. Bu düzenlemenin İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 25. maddesi, Anayasa'nın bireyin ve toplumun

¹⁰⁰ Güney/Özdemir/Balo, a.g.e., s. 796-797.

¹⁰¹ 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, s. 241-242.

¹⁰² Türk Tabipleri Birliği, "Türk Ceza Kanunu değişiklikleri/Sağlıkla ilgisi", **Tıp Dünyası**, Kasım 2005, s. 24.

huzuru ve sağlığının korunması ile ilgili 2.,5. ve 56. maddeleri, ayrıca yaşam hakkı ile ilgili 17. maddesi, Tıbbi Deontoloji Tüzüğünün meslek sırrı ile ilgili 4. maddesi ve Hekimlik Meslek Etiği Kurallarının yine meslek sırrı ile ilgili 9. maddesi ile çeliştiği ifade edilmiştir.

Keskin ise,¹⁰³ yeni (5237) TCK'daki 280. maddenin yasalaşmasından önce Tasarı tartişılırken, sağlık mensuplarının suçu ihbar yükümlülüğü olduğunu, ancak aynı zamanda Ceza Muhakemesi Hukukunda tanıklıktan çekinme yetkileri bulunduğunu, bu sebeple yeni düzenlemenin tartişılması gerektiğini belirtmiştir.

Artuk,¹⁰⁴ diğer ülkelerde sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmeme suçunun mutlak bir kural olarak konulmadığını, vatana ihanet, kasten adam öldürme veya şahsın hürriyeti aleyhine suçlarda örneğin adam kaldırma, insan ticareti suçları gibi ağır suçlarda bu suçun olduğunu, bu sebeple bu maddenin mutlak olarak uygulanıp uygulanmayacağının tartişılması gerektiğini savunmuştur.

Erem, her ne kadar kanaatini eski (765) kanunun 530. maddesi ile ilgili olarak belirtmişse de aynı görüşler 5237 sayılı Ceza Kanunu'ndaki 280. madde içinde geçerli görünmektedir.¹⁰⁵ Erem'e göre ihbar yükümlülüğü hekimi muhbir haline getirmekte, bir çeşit "casusluk" sonucunu doğurmaktadır. Bir yandan " meslek sırrı"¹⁰⁶ nı kabul eden, diğer taraftan "tanıklıktan çekinme" hakkını tanıyan bir sistem içinde "ihbar zorunluluğu" izahsız kalmakta, bir çelişki yaratmaktadır. Malkoç ve

¹⁰³ Serap Keskin, "Adalet Hizmetlerinin Yürütülmesine Karşı Suçlar", **Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu**, TCK Reformu 1. Kitap, Türkiye Barolar Birliği, Panel 21-22 Mayıs 2004, Ankara, s. 227.

¹⁰⁴ Mehmet Emin Artuk, "Adalet Hizmetlerinin Yürütülmesine Karşı Suçlar", **Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu**, TCK Reformu 1. Kitap, Türkiye Barolar Birliği, Panel 21-22 Mayıs 2004, Ankara, s. 233.

¹⁰⁵ Erem, a.g.e., C:2, s. 2580.

¹⁰⁶ Yeni TCK'da, 765 sayılı Kanunda "Sırrın Masuniyeti Aleyhine Cürümler" başlığı altında düzenlenmiş olan 198.maddenin karşılığı olarak "Özel Hayatın Gizliliğini İhlal" başlığı altında 134. madde yer almaktadır. Ancak bu madde metninde "resmi mevki veya sıfatı veya meslek ve sanatı icabı olarak işşasında zarar melhuz olan bir sırra vakıf olan" ifadesi yer almamaktadır. Yeni madde meslek sırrının işşasını düzenlememiştir. Maddenin gerekçesinde de meslek sırrının işşasından bahsedilmemektedir. Bkz: Noyan, a.g.e., s. 294.

Güler'in de görüşleri bu yöndedir. Malkoç'a göre bu hüküm, tedavi ve sır saklama yükümlülüğü ile hasta haklarına ilişkin ilkeler arasında çatışma doğurmaktadır.¹⁰⁷

Hakeri'ye göre¹⁰⁸ yaşam hakkının karşısına ihbar yükümlülüğü getirilmektedir. Kişi hekimi tarafından ihbar edileceği kuşkusuyla hayatı pahasına hekime gitmekten çekinecek ve bir suçun açığa çıkarılması faydası, yaşam hakkından üstün tutulmuş olacaktır ki, bunun kabul edilebilmesi mümkün değildir. Ayrıca bu husus, masumluk karinesine ve dolayısıyla İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne de aykırıdır. Kesin hükümle mahkum edilinceye kadar herkes masum sayılacağı halde, bir belirti dolayısıyla hekime bu yükümlülük getirilmekte ve hekime kolluk vazifesi yüklenerek, masum olabilecek bir kimsenin ihbar korkusuyla yaşam veya vücut bütünlüğüne yönelik bir zararı kabullenmesine yol açılmaktadır.¹⁰⁹

Döner'e göre ise¹¹⁰, suçu ihbar etme yükümlülüğü daha çok güçlü, üstün ve müdahaleci devlet anlayışının hakim olduğu otoriter sistemlerde görülmektedir. Demokratik hukuk sistemlerinde, insan hak ve özgürlüklerinin gelişimine ilişkin gerekli düzenlemeler getirilmiş olması sebebiyle Devletin, insanların özel yaşamlarına müdahale alanı daraltılmıştır. Bu sebeple de suçları ihbar etme yükümlülüğü de sınırlı olarak bazı suçlar bakımından kişilere yüklenmiştir.

Kanaatimizce bütün bu eleştirilerde büyük haklılık payı vardır. İnsan sağlığının ve yaşamının odağı olan sağlık hizmetlerinin sunumunda, hizmetin sunulduğu kişinin suçlu olup olmadığı konusunda bir yargıya varmak ve nihayetinde kişilerin suçlu olup olmadığına karar vererek onları ihbar etmek, amacı hayat kurtarmak olan sağlık personelinin görevi olmamalıdır. Sağlık personeli, ileride delil olabilme ihtimali olan tüm bulguları muayene defterine kaydetmeli, eğer gerçekten ortada bir suç ve suçlu varsa, olayın adli makamlara intikalinden sonra adli rapor

¹⁰⁷İsmail Malkoç ve Mahmut Güler, **Uygulamada Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler IV**, (461-592. Maddelerin Açıklamaları), Ankara 1996, s. 4903; İsmail Malkoç, "Yeni Türk Ceza Kanununda Suçu Bildirme Yükümlülüğü", **Türkiye Noterler Birliği**, Mayıs 2006, Sayı: 130, s. 11.

¹⁰⁸Hakan Hakeri, "Yeni Türk Ceza Kanunu ve Hekim", **Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Derneği Bülteni**, Yıl: 1, Sayı: 1, Ocak 2006, s. 9.

¹⁰⁹y.a.g.e., s. 9.

¹¹⁰İsa Döner, "Suçu Bildirmeme Suçu (TCK m.278)", **AÜEHFD**, Cilt: 9, Sayı: 3-4, Yıl: 2005, s.70

mahiyetinde istenildiği takdirde bulgularını sunmalıdır. Ancak sağlık personelinin sağlık hizmeti sunduğu kişi bir suçun mağduru konumunda olup 18 yaşını bitirmemişse veya haklarını savunamayacak derecede akli melekelerden yoksunsa ya da sağır ve dilsizse elbette böyle bir durumda ihbar yükümlülüğü olmalıdır. Bu durumda tüm bu eleştiriler ışığında eski (765) TCK'da 530.maddedeki düzenleme daha yerinde görünmektedir.

2.2. KORUNAN HUKUKİ YARAR

Fiilin suç olarak kabulü ile korunmak istenen hukuki yarar, adliyenin korunmasıdır.¹¹¹ Bu suçla adli makamların kişiler tarafından işlenen suçları zamanında öğrenerek adli faaliyetin zamanında yapılmasına olanak sağlanması amaçlanmıştır. Zira yargı faaliyetinin süratli bir şekilde yerine getirilmesi kamu yararınıdır.¹¹²

Keskin'e göre de, burada mağdurun hukuksal yararlarından ziyade korunan Adliyedir. Adliyenin bir suç sebebiyle görevini yapmasının sağlanması yani Adliyenin işletilmesi hedeflenmektedir.¹¹³

Bununla birlikte Donay'a göre¹¹⁴, bir fiilin suç olarak nitelendirilmesi halinde, suç ile bozulan kamu düzeni olduğu için bundan birinci derecede zarar gören toplumdur.Yeni (5237) TCK'nun 278. maddesinde herkes için suçu bildirmeme suç haline getirilmiştir. Bu maddenin gerekçesinde¹¹⁵ “Barış esasına dayalı hukuk toplumunda yaşama hakkına sahip olan herkes toplum barışını bozucu nitelik taşıması dolayısıyla devletten suç işlenmesinin önlenmesini ve suçluların

¹¹¹ Arslan ve Azizağaoğlu, a.g.e., s. 1123.; Daha önce sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmemesi 765 sayılı TCK'nın Kabahatler bölümünün 3. Kitap 2.Bab, 2.Fasıl “Cürmü Haber Vermekte Zühul” fasıl başlığı altında yer alıyordu.

¹¹² 765 sayılı TCK'da yer alan 235. madde ile de korunan hukuki yarar aynı olup ayrıca bunun yanında devlet idaresinin korunması da amaçlanmıştır. Bu suç tipinin düzenlenmesiyle, kamu idaresi personeli suç işlediği takdirde, bunu gören memurun ihbarda bulunacağını bilmesi suç işlemekten kaçınmasına yol açar. Bu şekilde kamu idaresi personelinin dürüstlükten uzaklaşmadan çalışma yapması sağlanmak istenmektedir. Bkz: Malkoç ve Güler, a.g.e., s. 1702.

¹¹³ Keskin, a.g.e., s. 225.

¹¹⁴ Donay, a.g.e., s. 61.

¹¹⁵ Mustafa Artuç ve Cemil Gedikli, **Yeni İçtihatlarla TCK-CMK-CGİK ve Çocuk Koruma Kanunu ile Getirilen Yenilikler, Yeni Ceza Adalet Sistemi**, Ankara 2006, s. 296.

cezalandırılmasını talep hakkına sahiptir. Suç teşkil eden bir fiilin işlendiğini öğrenen bireyin, bununla ilgili olarak yetkili makamlar nezdinde bildirimde bulunma hakkı vardır. Bu bakımdan belli bir suç vakıyasıyla ilgili olarak bildirimde bulunmak hukuka uygunluk nedeni olarak bir hakkın kullanılmasından ibarettir.

Suçluların cezalandırılmasını devletten istemek, kişi açısından bir hak olduğu gibi; herhangi bir suç olgusunun gerçekleştiğini öğrenen kişinin durumu suçu takibe yetkili makamlara bildirmesi, aynı zamanda bir yükümlülüktür. Bu itibarla, herhangi bir suç olgusunun gerçekleştiğini öğrenmesine rağmen durumu suçu takibe yetkili makamlara bildirmemesi genel olarak haksız bir davranıştır.”denilmektedir.

Yine bazı yazarlar göre¹¹⁶ kanun koyucu suçu bildirmeme suçunu “kamu idaresine karşı suçlar” arasında değil de “adliye karşı suçlar” arasında düzenlerken devletin adli menfaatlerini ön planda tutmayı hedeflemiştir. Bir hukuk düzeninde suç teşkil eden fiillerin resmi makamlara bildirilmesinde hem bireyler hem de toplum bakımından faydalar vardır. Kişilerin öğrendikleri hukuka aykırı fiilleri bunların takibi bakımından görevli olan mercilere bildirmeleri toplumun bu eylemler karşısında tepkisiz kalmamasını sonuçlayacağı gibi, kamu düzeninin korunmasını ve Devletin adli fonksiyonlarının eksiksiz bir şekilde yerine getirilmesini de sağlayacaktır. Devletin suçla mücadele edebilmesi için, işlenen suçlardan ve faillerden haberdar edilmesi gerekir. Suçu bildirmeme suçu devletin suçla mücadelesini gereği gibi yerine getirmesini, adliyenin fonksiyonun icra etmesini engellediği için yaptırıma bağlanmıştır. Ancak ihbar yükümlülüğü getirilen suçların ağırlığı ile ilgili bir sınırlama getirilmemiş olması, her türlü suçun ihbarının bir yükümlülük olarak belirlenmesi, hükmün esasında uygulama imkanını ortadan kaldırmaktadır.¹¹⁷

Sağlık mesleği mensubunun mesleğinin gerektirdiği güven ve kişilerin özel hayatlarına ait sırları bu güvene dayanarak bu meslek grubuna rahatlıkla açabilmeleri ve kendilerine her koşulda tedavi olmak ve yaşamlarını sağlıklı bir biçimde devam

¹¹⁶ Artuk/Gökçen/Yenidünya, 2005, s. 803.

¹¹⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e., s. 804.

ettirmek amacıyla gidebilmeleri için, sağlık mesleği mensubunun ihbar yükümlülüğünün farklı bir biçimde ele alınması gerektiği kanaatindeyiz. Majno'nun da haklı olarak ifade ettiği gibi,¹¹⁸ gerçeğin ortaya çıkarılması vazifesiyle yükümlü olan adliye memurlarının, sağlık mesleği mensuplarından gelecek ihbarlardan başka haber alma ve gerçeği araştırma araçları bulunduğu şüphesizdir. Bu durumda sağlık mesleği mensuplarının ihbarla yükümlü olacağı suçlarda korunan hukuki yararın Adliye'nin korunması olmayıp, bir suçun işlendiği yönünde tespit edilecek bulgu veya belirtinin sahibi, yani bildirim zorunlu olan suçun mağduru konumundaki kişilerin korunması olmalıdır. Yaralanmış, zehirlenmiş veya saldırıya uğramış bir kimseyi tedavi eden hekimin bu suçu ihbar etmesi bu suçtan dolayı mağdur olmuş kişinin yararına olacaktır. Ancak bu durumlarda bile eğer bir suç işlendiğine dair belirtinin tespit edildiği suçun mağduru olan kişi 18 yaşını bitirmiş, akli melekelerini tam olarak kullanabilecek yeterlilikte ve sağlıklı ise bu suç ihbar edilirken mağdurun rızasının aranması gerektiği düşüncesindeyiz. Aksi halde daha sonraki bölümlerde ayrıntılı olarak tartışılacağı gibi gerekli önlemler alınmaksızın yapılacak ihbarlarla ihbar edilen suçun mağdurunun yeniden mağdur olmasına sebep olunabilir. Bununla birlikte eski (765) TCK'da 530. maddedeki düzenlemede olduğu gibi tedavi edilen kişinin ihbar edilecek suçun faili konumunda olması durumunda da ihbar yükümlülüğünün olmaması gerektiği kanaatindeyiz. Ancak 765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde bile 235. madde gereğince devlet memuru olan hekimlerin ve sağlık kurumlarının suçu ihbar etme yükümlülüğüne uyarak hasta ve yaralıları istisnasız bildirme zorunluluğu olduğu ifade edilmiş,¹¹⁹ bu sebeple 235.

¹¹⁸ Majno, a.g.e., s. 265.

¹¹⁹ Başbakanlık Özlük ve Yazı İşleri Genel Müdürlüğü ifadeli 04.02.1982 gün ve 19.383.02589 sayılı yazı örneği, gereği için Cumhuriyet Savcılıklarına tamim olarak gönderilmiştir. Bu genelgenin;

1. maddesinde “yüz kızartıcı suçtan sabıkalı bir şahsın sabıka kaydının bulunmadığının ilgili resmi kuruluşa bildirilmesi sonucu işe alındığı ve ayrıca bu şahsın, suçu işlediği sırada aldığı kurşun yarası resmi sağlık kuruluşlarında tedavi edildiği, tedavi eden doktorun tespit edilemediği Başbakanlığa gönderilen yazılardan anlaşılmıştır.”

6. maddesinde “Kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan personelin Cumhuriyet Savcılıkları ve güvenlik makamlarına vuku bulan olaylarda yardımcı olmaları şarttır. TCK 235. maddesi gereğince memurlar görevleri sırasında muttali oldukları ve kamu davasını gerektiren olayları ilgili makamlara bildirmek zorundadırlar.”

7. maddesinde “TCK'nın 235. ve 530. maddeleri gereğince sağlık kuruluşlarında tedavi sırasında kamu davası gerektiren olaylara muttali olan veya şahıs aleyhine işlenmiş olduğunu gören sağlık personeli, gerekli mesleki yardımı yapmakla beraber, olayı derhal ilgili makamlara bildirmek zorundadır. Bu maksatla, sağlık kurum ve kuruluşlarında:

a) Acil servis ve poliklinik kayıtları tam ve düzgün tutulmalıdır.

madde ile 530. maddenin birbiriyle çeliştiği, bu durumun hukuken düzeltilmesi gerektiği öne sürülmüştür.¹²⁰

2.3. SUÇUN UNSURLARI

2.3.1. Suçun Faili

Suçun faili sağlık mesleği mensupları olup ikinci fıkrada kapsamda kimlerin bulunduğu açıklanmaktadır. Sağlık mesleği mensubunun kamu görevlisi statüsünde mi olduğu, yoksa özel bir sağlık kurumunda çalışanları mı kastettiği madde metninden açıkça anlaşılabilir. Zira ikinci fıkrada sayılanlar, hem resmi kurumlarda hem de özel kurumlarda çalıştıklarında aynı sıfatı taşımaktadırlar.

Yeni (5237) TCK'nın 280. maddesinin gerekçesinde "*Devlet eliyle işletilen sağlık kuruluşlarında sağlık mesleği mensupları, kamu görevlisi sıfatını taşımaktadırlar. Bu kişilerin suçu bildirme yükümlülüğüne aykırı davranışları halinde yukarıdaki madde hükmü uygulanacaktır.*" denilmektedir. Arslan ve Azizağaoğlu'na göre bu gerekçeden anlaşılması gereken, bu suçun failinin kamu görevlisi olan sağlık mesleği mensupları olduğudur.¹²¹

Kanaatimizce yeni (5237) TCK'nun 280. maddesindeki suçun failinin, devlet eliyle işletilen sağlık kuruluşlarında görev yapan sağlık mesleği mensupları ile sınırlı tutulmayıp, bunların dışında sadece özel sektörde serbest çalışan veya hem kamuda hem de özel sağlık kuruluşlarında çalışan sağlık mesleği mensuplarını da kapsamaması gerekmektedir. Aksini düşünecek olursak korunan hukuki yarara aykırı davranılmış

b) Sağlık kuruluşlarında muayene ve tedavi eden doktorun (veya diğer sağlık personelinin) adı ve soyadı açık ve okunaklı bir şekilde deftere yazılmalıdır.

c) Doktor ve diğer sağlık personeli, ateşli silah ve kesici olmayan aletlerle veya diğer bir suretle yaralananın bu tedavi maksadıyla kendilerine müracaatta bulunanları, mutlaka hastane polisi veya en yakın karakola bildirmelidir.

Şahıs aleyhine işlenen cürümlere mesleki icabı muttali olan sağlık personeline, şahısları tedavi etmekle beraber olayı derhal ilgili makamlara bildirmek mecburiyetinde buldukları hususu, mutlaka hatırlatılmalıdır. Emre aykırı hareket edenler hakkında adli ve idari tahkikat açılacaktır." denilmektedir. Bkz: Çağlayan, a.g.e., s. 729-730.

¹²⁰ Koç ve Yorulmaz, a.g.e. s. 50.

¹²¹ Arslan ve Azizağaoğlu, a.g.e., s. 1123.

olacaktır. Eğer amaç Adliyenin korunması ise, yani kişiler tarafından işlenen suçların adli makamlar tarafından zamanında öğrenilerek adli faaliyetin zamanında yapılması hedefleniyorsa, sağlık mesleği mensuplarının oldukça önemli bir kısmını¹²² bu maddenin kapsamı dışında tutarak karşılaşılabilecek birçok suçun ihbar edilmesini istememenin, kanun koyucunun arzu edeceği bir durum olamayacağı düşüncesindeyiz. Her ne kadar maddenin gerekçesinde “Devlet eliyle işletilen sağlık kuruluşlarında görev yapan sağlık mesleği mensupları, kamu görevlisi sıfatını taşımaktadır” denilmişse de, kanun metninde sağlık mesleği mensubunun kamu görevlisi olacağına dair herhangi bir ibare bulunmamaktadır. Oysa 279. maddede açıkça “kamu görevlisi” tabiri kullanılmıştır. 280. maddedeki “görevini yaptığı sırada” tabirinden “mesleklerini icra ettikleri sırada” anlamının çıkarılması gerektiği yine maddenin gerekçesinden anlaşılmaktadır. Maddenin gerekçesinin 2. paragrafının hem kanun metni ile hem de gerekçenin 1. paragrafı ile çeliştiği kanaatindeyiz.

Yeni (5237) TCK’daki 280. madde eczacıların ve diş tabiplerinin fail olmaları açısından değerlendirildiğinde yine aynı sonuca ulaşılmaktadır. Çünkü devlet eliyle işletilen sağlık kuruluşlarında çalışan eczacı ve diş tabibi sayısı serbest çalışanlarla kıyaslandığında oldukça düşük bir oranda oldukları görülmektedir.

Sağlık Bakanlığının 2002 yılı verilerine göre toplam 22922 eczacıdan 20367’si özel sektörde çalışmakta, sadece 2555’i kamu kurumlarında çalışmaktadır.¹²³

Yine toplam 15866 diş hekiminden 11258’i özel sektörde çalışmakta, geriye kalan diş hekimlerinin % 100 ü de hem kamuda hem de part-time olarak özel

¹²² Sağlık mesleği mensuplarının büyük bir kısmının 2368 sayılı Sağlık Personelinin Tazminat ve Çalışma Esaslarına Dair Kanun gereğince, mesailerinin bitiminde serbest olarak mesleklerini icra ettikleri ve ülkemizde sağlık hizmeti sunan birçok özel hastane, tıp merkezi, dal merkezi, poliklinik, teşhis merkezi, laboratuvar ve muayenehane olduğu göz önünde bulundurulduğunda bu sayının ne denli önemli olacağı görülecektir. Sağlık Bakanlığı’nın 2000 yılı istatistiksel verilerine göre toplam 89202 hekimden 44340 ı, yani kamuda çalışan hekimlerin %57 si aynı zamanda özel sektörde de çalışmakta, 11220 hekim de sadece özel sektörde çalışmaktadır.; **Turkey Health Report**, The Ministry of Health of Turkey, Refik Saydam Hygiene Center, School of Public Health, February 2004, Ankara, s. 46.

¹²³ y.a.g.e., s. 57.

sektörde çalışmaktadır.¹²⁴ Maddede belirtilen suçun failinin sadece kamu kurumlarında görev yapan sağlık mesleği mensupları olacaklarını kabul edecek olursak, sadece özel sektörde çalışan veya kamu kurumundaki mesaisinin bitiminde özel sektörde çalışan oldukça önemli sayıdaki sağlık mesleği mensubunu bu madde kapsamının dışında tutmak gerekecektir.

Doktrindeki yazarlardan çoğunluğunun kabul ettiği görüşü savunan Malkoç ise madde gerekçesini Arslan ve Azizağaoğlu'ndan farklı yorumlamakta, gerekçedeki ifadenin çok açık olmamakla birlikte, kamu görevlisi sıfatını taşıyan sağlık mesleği mensuplarını kapsamadığını, gerekçede geçen “yukarıdaki” sözcüğünün 280. maddeyi değil de 279. maddeyi kastettiğini belirtmektedir.¹²⁵ 280. madde kapsamındakilerin ise özel statüde bulunanlar olduklarını, kanun koyucunun kamu görevlilerini amaçlaması halinde, diğer hükümlerde olduğu gibi açıkça bu sıfatı kullanabileceğini, bu sebeple sadece özel sağlık kurumlarında çalışan tüm sağlık mesleği mensuplarının suçun faili olacaklarını savunmaktadır. Kanun koyucunun suçu bildirmeme bakımından özel kişilerle kamu görevlilerini önce TCK'nın 278. ve 279. maddelerinde ayırdıktan sonra, 280. maddede bu defa sağlık mesleği mensupları için özel bir düzenleme yaptığını, gerekçenin ikinci paragrafında kamu görevlisi olan sağlık mesleği mensuplarından örnek verilmek suretiyle söz edildiğini, zira bu hükmün öncekilere göre sağlık mesleği mensuplarını konu alan özel bir düzenleme olduğunu eklemektedir.¹²⁶

Yurtcan'a göre de 280. maddedeki fail sağlık mesleği mensubu olmalıdır; ikinci fıkrada bu kişiler tanımlanırken “sağlık hizmeti veren diğer kişiler” deyimini ile de kapsamı genişletilmiştir.¹²⁷ Ancak Yurtcan sağlık mesleği mensubunun kamu görevlisi olup olmayacağı konusunda herhangi bir ayırım yapmamıştır.

¹²⁴Turkey Health Report, s. 57.

¹²⁵ İsmail Malkoç, **Açıklamalı Yeni Türk Ceza Kanunu, Özel Hükümler-(170-345)**, İkinci Cilt, Malkoç Kitabevi, 2006, s. 1883.

¹²⁶y.a.g.e., s. 1883-1884.

¹²⁷ Erdener Yurtcan, **Yeni Türk Ceza Kanunu ve Yorumu**, Kazancı Yayınları No:186, Kasım 2004, s. 454.

Yine bazı yazarlara göre, maddede sağlık kamu görevlilerinden değil, sağlık mesleği mensuplarından bahsedilmiştir. Bu nedenle devlet eliyle işletilen sağlık kuruluşlarında görev yapan kamu görevlisi sıfatına haiz olan sağlık mesleği mensuplarının bu suçu işlemeleri halinde, uygulanacak hüküm bu madde değil 279. madde hükmüdür.¹²⁸ Donay/Kaşık'a göre, 280. madde ile bir üst maddede yani 279. maddede yer alan suçun, kamu görevlisi niteliği taşımayan belirli bazı meslek mensupları (sağlık mesleği mensupları) tarafından işlenmesi hali düzenlenmiştir.¹²⁹

Eski (765) TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde, 530. maddenin uygulama alanına bakıldığında; Erem,¹³⁰ failin devlet memuru olup olmamasına göre herhangi bir ayırım yapmamış, fail olabilecek kişilerin meşru¹³¹ şekilde sağlık mesleğini icra eden hekim, cerrah, ebe ve sair sıhiye memurları olacaklarını, ancak yan sağlık hizmetlerini icra eden eczacıların¹³² ve ilaç imal eden kişilerin madde dışında kaldığını belirterek bu durumu eleştirmiş, sayılan sağlık mesleği mensuplarının yardımcıları için dahi zorunluluk kabul edilmişken, yan hizmet mensuplarının hariç tutulmasını düşündürücü bulmuştur.

Görgün'e göre,¹³³ 530. maddede yer alan hekim, cerrah, ebe yahut sair sıhiye memurlarından maksat 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarz-ı İcrasına Dair Kanuna göre sanatlarını icra eden kimselerdir.¹³⁴

¹²⁸ Süheyl Donay ve Mahmut Kaşık, **5237 sayılı Türk Ceza Kanunu**, İstanbul 2004, s. 365.; Artuk/Gökçen/ Yenidünya, 2005, s. 805.; aksi görüş için bkz: Arslan/Azizağaoğlu, a.g.e., s.1123.

¹²⁹ Donay ve Kaşık, a.g.e., s. 365.

¹³⁰ Erem,a.g.e., s. 2581-2582.

¹³¹ Majno'ya göre, "sözü edilen kabahatten yalnız hekim, cerrah, ebe ve sair sıhiye mensubundan umumi sağlık hakkında cari hususi mevzuat hükümlerindeki" şartları haiz olanlar mesul edilebilir." Bir sağlık mesleğini gayri meşru bir şekilde yapanlar ilgili madde mucibince cezalandırılmazlar. Bu kişiler icra ettikleri tedaviden dolayı sağlık mesleğini kanunsuz bir şekilde ifa etmekten dolayı cezalandırılırlar. Bkz. Majno, a.g.e., s. 260-261.

¹³² Mehaş İtalyan Kanunu'nun 439. maddesinde eczacılar da hekim, cerrah ve ebelerle aynı seviyede tutulmuş ve ihbar yükümlülüğünden sorulu tutulmuşlardır. Bkz: Majno, a.g.e., s. 261.; Malkoç ve Güler ise eczacıların, ilaç imalatçılarının bu suçun faili olamayacaklarını savunurlar. Malkoç ve Güler, a.g.e., s. 4903.

¹³³ Mehmet Görgün, **Türk Ceza Kanun Şerhi**, Dördüncü Cilt, (madde 455-592), s. 871.

¹³⁴ Akdağ da aynı görüştedir. Bkz: Selami Akdağ, **Türk Ceza Kanunu Şerhi, Emsal İçtihatlar ve İlgili Kanunlar**, Olgaç Matbaası, Ankara 1976, s. 895.

Evliyaoğlu'na göre, hekim, cerrah, ebe yahut sair sağlık memurlarının memuriyet görevlerine ilişkin veya görev sırasında öğrendikleri suçu bildirmeme TCK'nın 235. maddesine girmekte, memuriyet görevi dışında (örneğin hekimin muayenehanesinde) kişi aleyhine işlenmiş bir cürmü öğrenip durumu Adliyeye ve zabıtaya bildirmeme eylemleri ise, TCK'nın 530. maddesinde öngörülen kabahat suçunu oluşturmaktadır.¹³⁵

Nitekim Yargıtay 4. C.D.'nin vermiş olduğu bazı kararlarda da aynı görüş dile getirilmiştir: *“İlçe Devlet Hastanesinde görevli hekimin, trafik kazası sonucu ağır yaralı olarak gelen hastayı poliklinik defterine kaydedip Kırşehir Devlet Hastanesi'ne sevk ettiği halde, durumu adli mercilere bildirmemesinin TCK'nın 235. maddesine uygun suç oluştuğuna ilişkin hükmün onanmasına”* karar verilmiştir.¹³⁶

*“Nöbetçi hekim olan sanığın, inşaattan düşmesi sonucu hastaneye kaldırılan kişinin kuşkulu ölüm olayını C. Savcılığına bildirmemekten ibaret eyleminin; suç araştırılarak, kamu adına kovuşturmayı gerektiriyorsa T.C. yasanın 235. maddesindeki, gerektirmiyorsa aynı Yasanın 230. maddesindeki suçu oluşturacağı gözetilmeden, aynı Yasanın 240/2 madde ve fıkrasıyla hüküm kurulması yasaya aykırıdır.”*¹³⁷

“Gaziantep Araştırma Hastanesinde hekim olan sanığın, trafik kazası sonucu hastaneye getirilen kişinin ölümü üzerine bu adli olayı yetkili makama bildirmeyerek defin ruhsatı düzenleyip cesedi yakınlarına teslim etmekten ibaret eyleminin TCY'nın (235.) maddesinde öngörülen suçu oluşturduğu gözetilmeden dosyadaki kanıtlara ters düşen ve yasal olmayan gerekçeyle beraat kararı verilmesi” denilmektedir.¹³⁸

¹³⁵ Erkal Evliyaoğlu, **Örneklerle Açıklamalı, Karşılaştırmalı ve İçtihatlı Memurlar ile İlgili Suçlar**, Adalet Yayınevi, Ankara 2001, s. 564.

¹³⁶Y.4.C.D.10.09.1997 6469/6502; y.a.g.e., s. 571.

¹³⁷4.C.D.18.11.1997 9651-10057; Çetin, a.g.e., s. 995.

¹³⁸4.C.D. 6.10.2002 27644-8739; Haydar Erol, **Gerekçeli Açıklamalı ve İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu**, 2005, s. 1272.

Her ne kadar geçmişte eski (765) TCK'nın 530. maddesi uygulamada hiç işletilmeyip, kamu görevlisi (memur) olan sağlık mesleği mensubu hakkında 235. madde uygulanmış olsa da doktrinde bazı yazarlar tarafından 530. maddedeki düzenlemenin memur olan veya olmayan ayrımı yapmaksızın tüm sağlık mesleği mensuplarını kapsadığı kabul edilmiştir.¹³⁹

Meran'a göre de, yeni (5237) TCK'nın 280. maddesindeki suçu yetkili mercie bildirme yükümlülüğü, kamu görevlisi olsun veya olmasın tüm sağlık mesleği mensuplarını kapsamaktadır.¹⁴⁰

Döner de, 280. maddede bu meslek mensuplarının belirlenmesi bakımından iyi bir düzenleme yapılmadığını, “devlet hastanelerinde” ve “özel hastanelerde” çalışan sağlık mesleği mensuplarından hangilerinin bu madde kapsamında olacağı tartışmalı olduğunu, kendisinin kanaatine göre kamu görevini yerine getirsin veya getirmesin yada devlet eliyle işletilen bir sağlık kuruluşunda görev yapsın veya yapmasın, sağlık mesleği mensubunun, görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşması durumunda, bunu yetkili mercie bildirmekle yükümlü olduğunu belirtmektedir.¹⁴¹

Kanaatimizce de yeni (5237) TCK'nın 280. maddesi sağlık mesleği mensuplarına özgü düzenlenmiş olup hem kamu görevlisi olan sağlık mesleği mensuplarını hem de kamu görevlisi olmayanları kapsamaktadır. Eğer kamu görevlisi olan sağlık mesleği mensupları için 279. maddenin uygulanacağını kabul edersek, o halde gündüz mesaisinde kamu görevlisi olarak devlet eliyle işletilen bir sağlık kuruluşunda çalışan sağlık personelinin, mesai sonrasında da özel bir sağlık kuruluşunda veya muayenehanesinde çalıştığını farz edersek, aynı kişinin aynı suçu farklı yerlerde ve zamanlarda işlemesinden dolayı farklı cezalar alabileceğini kabul etmiş oluruz. Çünkü 279. maddede öngörülen ceza 6 aydan 2 yıla kadar hapis cezası iken, 280. maddede öngörülen ceza ise 1 yıla kadar hapis cezasıdır. Özel sağlık

¹³⁹ Erem, a.g.e., s. 2581-2582; Majno, a.g.e., s. 260-261; Görgün, a.g.e., s. 871.

¹⁴⁰ Necati Meran, **Gerekçeli, Karşılaştırmalı 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu**, Ankara 2005, s. 1241.

¹⁴¹ Döner, a.g.e., s. 72-73.

kuruluşlarının her geçen gün artan sayıları karşısında kanun koyucunun sırf Devlet eliyle işletilen sağlık kuruluşlarında kamu görevlisi olarak görev yaptığı için sağlık mesleği mensubunu daha ağır bir biçimde cezalandırmak amacıyla hareket etmiş olamayacağı kanaatindeyiz. 279. maddenin sağlık mesleği mensubu dışındaki kamu görevlilerine uygulanması, ister kamu görevlisi olsun, ister olmasın tüm sağlık mesleği mensupları için ise, özel bir düzenleme olan 280. maddenin uygulanması gerektiği düşüncesindeyiz.

Bununla birlikte “kamu görevlisi” kavramına kısaca değinmekte yarar görüyoruz.5237 sayılı TCK’nın 6. maddesinde memur kavramının yerini kamu görevlisi tabiri almış ve kamu görevlisi şu şekilde tanımlanmıştır: “*Kamu görevlisi* deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama ve seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi...anlaşılır”¹⁴²

6. maddenin gerekçesinde,¹⁴³ “765 sayılı TCK’daki “memur” tanımının doğurduğu sakıncaları aynen devam ettirecek nitelikte olan tanım, Tasarı metninden çıkarılarak; memur kavramını da kapsayan “kamu görevlisi” tanımına yer verilmiştir. Yeni tanıma göre, kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak yegane ölçüt, gördüğü işin kamusal faaliyet olmasıdır.

Kamusal faaliyet, Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararla, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir. Bu faaliyetin yürütülmesine katılan kişilerin maaş, ücret veya sair bir maddi karşılık alıp almamalarının, bu işi sürekli süreli veya geçici olarak yapmalarının bir önemi bulunmamaktadır. Bu bakımdan, örneğin, mesleklerinin icrası bağlamında avukat

¹⁴² 765 sayılı TCK’nın 279. maddesinde (Ceza Kanununun uygulanmasından memur ve hizmetli) :
Ceza Kanununun tatbikatında:

1./ Devamlı veya muvakkat surette teşrii, idari veya adli bir amme vazifesi gören Devlet veya diğer her türlü amme müesseseleri memur, müstahdemleri,

2./ Devamlı veya muvakkat, ücretsiz veya ücretli, ihtiyari veya mecburi olarak teşrii, idari veya adli bir amme vazifesi gören diğer kimseler memur sayılır

Ceza Kanunu’nun tatbikatında amme hizmeti görmekle muvazzaf olanlar:

1./ Devamlı veya muvakkat surette bir amme hizmeti gören devlet veya diğer amme müesseselerinin memur ve müstahdemleri,

2. Devamlı veya muvakkat, ücretsiz veya ücretli, ihtiyari veya mecburi surette bir amme hizmeti gören diğer kimselerdir.”

¹⁴³ Noyan, a.g.e., s. 104-105.

veya noterin kamu görevlisi olduğu hususunda tereddüt bulunmamaktadır. Keza kişi, bilirkişilik, tercümanlık ve tanıklık faaliyetinin icrası kapsamında bir kamu görevlisidir. Askerlik görevi yapan kişiler de kamu görevlisidirler. Bu bakımdan örneğin bir suç vakasına müdahil olan bir tutuklu veya hükümlünün naklini gerçekleştiren jandarma subay ve erleri de kamu görevlisidir.

Buna karşılık, kamusal bir faaliyetin yürütülmesinin ihaleye dayalı olarak özel hukuk kişilerince üstlenilmesi durumunda, bu kişilerin kamu görevlisi sayılmayacağı açıktır.” denilmektedir.

Madde gerekçesine göre kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak yegane ölçüt, gördüğü işin bir *kamusal faaliyet* olmasıdır. İfa edilen görevin amacını ve fonksiyonun niteliğini dikkate alan kıstasa göre devletin yerine getirmek zorunda olduğu asli görevleri yapanlar kamu görevlisidir. Bir başka deyişle kamu otoritesi (devlet) adına yürütülen bir faaliyetin icrasına, kamu hukuku usulüne göre (Any. m. 128 deki “genel idare esaslarına göre”) iştirak eden herkes, kamu görevlisidir. Buradaki kıstas, az veya çok, mutlaka kamu otoritesine ait bir iktidar ve yetkinin kullanılmasıdır.¹⁴⁴

Ancak, kamu görevlisinin kapsamı bununla sınırlı değildir. Yeni TCK bakımından, eski TCK döneminde kamu hizmeti gördüğü için memur sayılmayan bir çok görevli artık kamusal faaliyetin yürütülmesine katıldığından hareketle kamu görevlisi sayılacaktır. Bu bakımdan ölçüt, görülen işin bir kamusal faaliyet olmasıdır. Bunun anlamı da “Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararla, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir.” Her ne kadar yeni TCK’da, “kamusal faaliyetin yürütülmesine ... herhangi bir surette ... katılma’dan söz edilse de, bunda amaç, “kamu hizmeti gören” kimseleri kamu görevlisi saymaktır. Buna karşılık kamuya yönelik/ kamuya yararlı bir faaliyetin yürütümüne katılanlar bu kapsamda değildir.¹⁴⁵

¹⁴⁴ Durmuş Tezcan/ Mustafa Ruhan Erdem/ Murat Önok, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’na Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005, s. 599.

¹⁴⁵ y.a.g.e., s. 600.

Buna göre, daha önceden memur sayılan herkes kamu görevlisidir. Ayrıca kendi kanunlarına göre memur gibi cezalandırılacakları belirlenen kişiler de kamu görevlisidir.

Bu anlayışa göre, idarenin toplum adına yürüttüğü bütün kamusal faaliyetlerde bu işi üstlenen kişiler bir ayrıma tabi tutulmaksızın az ya da çok kamu gücü adına hareket etmekte ve bu noktada kamu otoritesini temsilen görevlerini yerine getirmektedirler. Bu nedenle kamu görevlisi olan bütün bu kişilerin kanun karşısında belirli yükümlülükleri üstlenmesi (görevlerini yasa ve mevzuata uygun yürütmek) ve bunun karşılığında yine kanun tarafından koruyucu normlarla güvenceye (görevleri nedeniyle kendilerine yönelen fiillere karşı koruma altına) alınmaları sistemi kabul edilmiştir.¹⁴⁶

Özgenç'e göre, yürüttüğü kamusal faaliyetin yürütümü ve sürdürülmesine kamu hukuku esaslarına göre katılan; memur, sözleşmeli veya geçici personel kamu görevlisidir. Bu anlamda tüm Devlet daireleri ve kamu idarelerinde çalışan yönetici, büro memuru, hekim, hemşire, laborant, teknisyen, hizmetli, şoför, marangoz, işçi, v.b. kişiler kamu görevlisidir.¹⁴⁷

Yine idareye istihdam bağı ile (iş ilişkisi) bağlı bulunmadığı halde kanunlar gereği kendilerine verilen kamusal görevleri bir meslek olarak ya da geçici bir süre yürüten kişiler de kamu görevlisi sayılmaktadır.¹⁴⁸

Sonuç olarak, bütün bu tanımlar ışığında, biz, ister kamu görevlisi olsun ister olmasın, tüm sağlık mesleği mensuplarının, yeni (5237) TCK'nın 280. maddesindeki suçun faili olacağı yönündeki görüşlere katılarak, 657 sayılı DMK'na tabi memur veya sözleşmeli, sürekli veya geçici, ücretli veya ücretsiz olarak çalışan ve bir kamusal faaliyeti sürdüren tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ile DMK'nun 36. maddesinde belirtilen Sağlık hizmetleri ve yardımcı sağlık hizmetleri sınıfında sayılan yüksek öğrenim görmüş fizikoterapist, tıp teknolojisi, sağlık memuru, ebe,

¹⁴⁶ Hasan Tahsin Gökcan, "5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Görevi Kötüye Kullanma Suçu", s:489-543, **Yargıtay Dergisi**, Cit:31, Sayı:4, Ekim 2005, s. 494.

¹⁴⁷ İzzet Özgenç, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi**, Ankara 2005, s. 103.

¹⁴⁸ Gökcan, a.g.e., s. 495.

hemşire, sosyal hizmetler mütehasısı, biyolog, psikolog, diyetçi, sağlık mühendisi, sağlık fizikçisi, sağlık idarecisi ile hemşire yardımcısı, (fizik tedavi, laboratuvar, eczacı, diş anestezi, röntgen teknisyeni ve yardımcıları, çevre sağlığı ve toplum sağlığı dahil) sağlık savaş memuru ve benzeri sağlık personeli ile aynı unvanlara sahip olup, özel sağlık kuruluşlarında yada serbest olarak mesleğini icra eden tüm sağlık personelinin¹⁴⁹ suçun faili olacağını düşünmekteyiz.

2.3.1.1.Görev Sırasında Öğrenilen Suç

Yukarıdaki tartışmalar ışığında yeni (5237) TCK'nın 280. maddesindeki "görev" tabirinin "mesleğini icra etmek" olarak anlaşılması gerektiği kanaatindeyiz. Kamu görevlisi olmayan sağlık mesleği mensubunun da madde kapsamı içinde olduğu düşüncesinde olduğumuz için, ister devlet eliyle işletilen bir sağlık kuruluşunda, ister özel sağlık kuruluşunda olsun, sağlık mesleği mensubunun mesleğini icra ederken suçu öğrenmiş olması veya muayene esnasında bir suç işlendiğine dair belirtiler tespit etmesi halinde suçu bildirme yükümlülüğünün doğacağı görüşüdeyiz.

Malkoç'a göre, sağlık mesleği mensupları, görevleri gereği muayene, ameliyat, tahlil gibi işlemleri yaparken rastladıkları bulguların suçtan kaynaklandığından şüphelendiklerinde bildirme yükümlülükleri doğmaktadır.¹⁵⁰

¹⁴⁹ 9 Mart 2000 tarih ve 23988 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğü giren Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmeliğin "Sağlık Kuruluşu Açmaya ve İşletmeye Yetkili Kişiler" başlıklı 9.maddesinde "6.ıncı ve 7 inci maddede belirtilen sağlık kuruluşları...2908 sayılı Dernekler Kanunu çerçevesinde kurulan ve Kanunun 59 uncu maddesi çerçevesinde kamu yararına çalıştığına karar verilen ve tüzüğünde sağlık hizmeti sunumu ile ilgili düzenleme bulunan dernekler, 13/7/1967 tarihli ve 903 sayılı Kanun'nun 4 üncü maddesine göre Bakanlar Kurulunca vergi muafiyeti tanınmış olan ve kuruluş senedinde sağlık hizmeti sunumu ile ilgili düzenleme bulunan vakıflar ve kanunla kurulan kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları tarafından açılabilir ve işletilebilir.Ancak yukarıda belirtilen vakıflar, dernekler ve kanunla kurulan kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları yalnızca tıp merkezlerini ve kuruluş amaçlarında belirtilen tıp dalı ile ilgili özel dal merkezlerini açıp işletebilirler" denilmektedir.Yukarıdaki koşulları sağladıklarında vakıflar, dernekler ve kanunla kurulan kamu kurumları tarafından işletilen tıp merkezlerinde ve özel dal merkezlerinde çalışan sağlık mensupları da 280. maddedeki fail kapsamında değerlendirilecekler ve ihbar yükümlülüğü taşıyacaklardır.

¹⁵⁰ Burada söz konusu olan işlemler, kendiliklerinden başvuran kişilerdeki bulgular içindir. Adli bir iş için gönderilen kişi hakkındaki gizlemeler, bildirmemeler yeni TCK'nın 257 ve diğer hükümleri kapsamında değerlendirilecektir.; Malkoç, a.g.e., s. 1884.

Arslan ve Azizağaoğlu'na göre de, fail suçu görev yaptığı sırada öğrenmiş olmalıdır. Örneğin kamuya ait hastanenin acil servisinde görevli doktor veya hemşirenin, ateşli silahla vurulmuş olarak gelen bir şahıstaki yaralanmayı gördüğü halde hastane polisine veya polis haber merkezine bunu bildirmemesi halinde suç oluşur.¹⁵¹ Eğer sağlık mesleği mensubu görev yeri dışında veya görevi sırasında değil de izin zamanında suç belirtisi ile karşılaşır da bildirmezse bu suç oluşmaz.¹⁵² Gerekli koşullar gerçekleşmişse, yeni (5237) TCK'nın 278. maddesindeki genel suçu bildirmeme suçu oluşur. Bu maddedeki bildirim yükümlülüğü, işlenmiş suçları değil, işlenmekte olan yani icrası halen devam eden veya icrası tamamlanmış yani işlenmiş olmakla birlikte neticelerinin sınırlanması imkanı bulunan suçları kapsamaktadır.

Ancak eğer sağlık mesleği mensubu normal çalışma saatleri dışında fakat fazla çalışma yaptığı sırada suçu öğrenirse yine suç görev sırasında yani mesleğini icra ettiği sırada işlenmiş sayılmalıdır.¹⁵³

2.3.1.2.Suçun Failin Görevine İlişkin Olması

Yeni (5237) TCK'nın 280. maddesinin gerekçesinde, sağlık mesleği mensuplarının mesleklerini icra ettikleri sırada öğrendikleri suçları ihbar yükümlülükleri oldukları belirtilmiştir. Bildirme zorunluluğu sağlık mesleği mensubunun kendi sanatı ile ilgili olarak yardımda bulunduğu hallerde söz konusudur. Başka surette öğrendiği suçu veya bilgiyi haber verme zorunluluğu yoktur.¹⁵⁴ Bir dost ziyareti sırasında öğrenilen suçun ihbar edilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak eğer Devlet hastanesi hekimi, trafik kazası sonucu ağır yaralı olarak getirilen hastayı, kaydını yaptırdıktan sonra başka hastaneye sevk ettiği halde, durumu adli mercilere bildirmezse bu suç oluşur.¹⁵⁵

¹⁵¹ Arslan/Azizağaoğlu, a.g.e., s. 1123-1124.

¹⁵² Artuk/Gökçen/Yenidünya, 2005, s. 806.

¹⁵³ Malkoç/Güler, a.g.e., s. 1702.

¹⁵⁴ Akdağ, a.g.e., s. 895; Savaş/Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 5937; Görgün, a.g.e., s. 871; Majno, a.g.e., s. 261.

¹⁵⁵ Y.4.C.D.10.09.1997 6469/6502; Bkz.Evliyaoğlu,a.g.e., s. 560.

Bildirme zorunluluğu ilk olarak yardımda bulunan sağlık mesleği mensubu için olduğu kadar, sonradan tedavi edenler için de vardır. Yardımda bulunanların birden çok olması halinde durumu her bir sağlık mesleği mensubunun haber vermesi zorunlu olmakla beraber birisinin haber vermiş olması yeterli sayılır.¹⁵⁶

2.3.1.3.İhbar Edilecek Suç

2.3.1.3.1.Belirti

Yeni (5237) TCK'nın 280. maddesinde “... *bir suçun işlendiği yönünde bir belirti...*” tabiri kullanılmıştır. Bu sebeple ihbar edilecek suçun özelliklerine değinmeden önce “belirti” kavramının ele alınmasının yararlı olacağı düşüncesindeyiz.

İspat edilecek olayın dolaylı olarak ispatına yardımcı olan vakıalara ve izlere belirti denmektedir. Belirtiler tanık açıklamaları gibi klasik delillere göre çok daha güvenilir sonuçlar verdiğiinden, insan hakları ihlallerine yol açmadan, adil yargılama ilkesini zedelemeyen maddi gerçeğe ulaşmayı mümkün kılmaktadır.¹⁵⁷ Sanığın veya mağdurun beden muayenesi neticesinde elde edilen veriler, bir fren izi, suç mahallinde bulunan eşya ve izler belirtidir ve öteki delil ve belirtiler ile desteklendiklerinde bir anlam kazanırlar.¹⁵⁸

Kunter ve Yenisey'e göre belirtiler tabii ve suni olmak üzere ikiye ayrılırlar. Tabii belirtiler, suç işleyenin iradesine rağmen ve isteği dışında olay yerinde kalan belirtilerdir.¹⁵⁹ Bunlar parmak izi, saç kılı veya kan, idrar, tükürük ve sperm gibi çeşitli vücut sıvıları olabilirler. Suni belirtiler ise insan yapısı olan işaretlerdir. Bunlar

¹⁵⁶ Akdağ, a.g.e., s. 895; Görgün, a.g.e., s. 872; Savaş/Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 5937; Majno, a.g.e., s. 261; Erem'e göre, eğer aralarından birine yetki vermişlerse, yetki verilenin ihmalinden veya gecikmesinden hepsi sorumludur. Erem, a.g.e., s. 2582; Ancak ceza sorumluluğunun anlaşma veya sözleşme ile başkalarına aktarılmasının mümkün olmayacağını düşündüğümüzden bu görüşe katılmamaktayız.

¹⁵⁷ Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 9. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006, s. 368.

¹⁵⁸ y.a.g.e., s. 368.

¹⁵⁹ Kunter-Yenisey, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 2005 Eki, Arıkan Yayınevi, 2005, s. 227.

giyilen üniforma veya giysi, takılan nişan yada taşınan ad gibi şahsa ait belirtilerdir.¹⁶⁰

Donay ve Kaşık'a göre belirtiden kasıt bir suç işlendiği yolundaki kuvvetli şüphe uyandıracak durumlardır. Vücuduna bir kurşun saplanmış olan ya da vücudunda kasten yaralamaya bağlı ekimozlar ve kırıklar olan kişiyi tedavi eden doktorun bu suçu bildirim yükümü madde kapsamındadır. "Belirti" her somut olayda o olayın özelliklerine göre saptanacaktır.¹⁶¹ Bununla birlikte bu belirtinin sağlık mesleği mensubunun görevlerinin konusu kapsamında olması gerekir. Tedavi kapsamında olmaksızın bir suçun öğrenilmesi durumunda bu maddeye göre değil genel hükümlere göre ihbar yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmektedir.¹⁶²

Kanaatimizce sağlık mesleği mensubu tarafından, belirtiden anlaşılması gereken, sadece tedavi olmak amacıyla başvuran kişinin vücudunda bulunan kırık, çıkık, ekimoz veya benzeri darp ve cebir izleri olmayıp, zehirlenme bulguları, vücut üzerinde enjeksiyon izleri, bıçak veya silah mermisi ile delinmiş, yırtılmış ve kan veya sperm gibi vücut sıvıları bulaşmış giysiler¹⁶³ ve kişinin üzerinde bulunan ilaç kutuları da belirti sayılmalıdır.

2.3.1.3.2.İhbar Edilecek Suçun Niteliği

Eski (765) TCK'nın 530. maddesinde ihbar edilecek suçun şahıslar aleyhine işlenmiş bir cürüm olması gerekiyordu. Şahıslara karşı cürümün müstakil değil başka bir suçun unsuru veya şiddet sebebi olduğu hallerde yine ihbar zorunluydu.¹⁶⁴ Erem'e göre bu maddede tüm cürümler kastedildiğinden ırza geçme bölümünde yer alan ölüm halinde ve iş kazalarında dahi ihbar zorunluydu.¹⁶⁵ Ancak hekimin cinsel bir taarruz belirtisini (örneğin kızlık zarının herhangi bir cebir ve şiddet izi

¹⁶⁰ Kunter-Yenisey, a.g.e., s. 227.

¹⁶¹ Donay/Kaşık, a.g.e., s. 365.

¹⁶² y.a.g.e., s. 365.

¹⁶³ Sermet Koç, "Ölüm Olgularında Hekim Sorumluluğu ve Postmortem İncelemeler", in **Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi**, Editörler: Gürsel ÇETİN/Coşkun YORULMAZ, İstanbul 2006, s. 211.

¹⁶⁴ Malkoç/Güler, a.g.e., s. 4903.

¹⁶⁵ Erem, a.g.e., s. 2582-2583.

bulunmaksızın bozulduğunu), tespit etmiş olması halinde şahıslara karşı değil, adabı umumiyeye yönelik bir suç söz konusu olacağından ihbarı zorunlu değildir. Kanun ihbar edilecek suçun “cürüm” olmasını aradığından, suçun re’sen veya takibi şikayet bağlı olması araştırılmayacaktır.¹⁶⁶

Bazı yazarlara göre her türlü darp ve yaralanma, trafik kazası, iş kazası, zehirlenme, intihar ya da intihar girişimleri ile kuşkulu ölümlerin bildirilmesi gerekirdi, ancak kamu davası konusu olmayan şikayete bağlı suçların bildirilmesi zorunlu değildir.¹⁶⁷ Hancı’ya göre ise yasak çocuk düşürme (kürtaj) veya intihar olayı ile karşılaşan hekim, bu suçlar şahıs aleyhine işlenmediğinden bildirilmeyecekti.¹⁶⁸

Yine bazı yazarlara göre yaralanmış, saldırıya uğramış ya da zehirlenmiş bir kimseyi muayene eden hekimin bunu adli makamlara bildirmesi mağdura ait bir sırrın açıklanması olmayacağından mağdur istemese bile, ihbarı yasal bir zorunluluktur.¹⁶⁹ Belgesay’a göre ise, hekime tedavi olmak için başvuran yaralı kimse, örneğin kendisine saldıran kişi oğlu ise, baba olmak gibi bir sebeple saldırganı affederek olayın gizli kalmasını söylemişse; keza suçlu da bizzat pişman olarak babasını tedavi ettirmek için hekim çağırılmışsa suçun sır olarak saklanması gerekir. Çünkü, ihbar baskısı pişman olan suçlunun kurbanını tedavi için hekime başvurmasına engel olur.¹⁷⁰

Yeni (5237) TCK nın 280. maddesinde ise hiçbir ayırım yapılmaksızın suç işlendiği yönünde belirti olabilecek her şeyin ihbarı zorunlu kılınmıştır. Maddede bildirim tabi suçların niteliği ile ilgili bir belirleme yer almamaktadır. 279. maddede kamu görevlisinin genel bildirim yükümü düzenlenirken “kamu adına kovuşturulması gereken” suçtan bahsedilmişken burada böyle bir açıklık yoktur.

¹⁶⁶ Erem, a.g.e., s. 2583; Akdağ, a.g.e., s. 895; Görgün, a.g.e., s. 871-872; Savaş/Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 5937; Majno, a.g.e., s. 262.

¹⁶⁷ Koç/Yorulmaz, a.g.e., s. 50.

¹⁶⁸ Hancı, a.g.e., s. 173.

¹⁶⁹ Koç/Yorulmaz, a.g.e., s. 50.

¹⁷⁰ Belgesay’dan Nakleden Hancı, a.g.e., s. 174.

Ancak aşağıda da tartışılacağı gibi bu denli geniş kapsamlı bir tanımlamanın, sağlık mesleği mensubuna tedavi olmak amacıyla giden ve ihbar edilecek suçun faili veya mağduru olan kişiler açısından farklı sonuçları olacak, belki de ikinci kez mağdur olmalarına veya sağlık ve yaşam haklarının sınırlanmasına neden olacaktır. Bizim de görüşlerine katıldığımız Donay ve Kaşık'a göre buradaki suçun da kamu adına kovuşturulması gereken (ihbara tabi) bir suç olarak algılanması gerekir.¹⁷¹

2.3.1.3.3.şikayete Bağlı Suçlar

Yeni (5237) TCK'nın 280. maddesinde İhbar edilecek suçla ilgili herhangi bir sınırlama getirilmemiştir. Bu suç re'sen kovuşturmayı gerektiren bir suç olabileceği gibi, kişiler aleyhine işlenmiş ve şikayete bağlı bir suç da olabilir. Bu sebeple şikayet kavramını ve şikayete bağlı suçları daha ayrıntılı olarak ele almamız ve şikayete bağlı suçların bu madde kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini tartışmamız yerinde olacaktır.

şikayet, soruşturması ve kovuşturması şikayete bağlı bir fiilden dolayı, şikayete yetkili kişinin süresi içinde, yazılı olarak, yetkili makamlardan bu fiil hakkında kovuşturma yapılmasını istemesidir.¹⁷² Demirbaş'a göre, şikayet, suç kurbanının iradesinin kovuşturma için beklenmesidir. şikayet, takibi şikayete bağlı bir suç nedeni ile zarar görmüş olan kişinin, sresinde (6 ay) bu suç ile ilgili kovuşturma yapılma arzusunu yetkili makamlara açıklamasıdır.¹⁷³

Bazı suçların takibinin şikayete bağlı tutulmasının nedeni, bu suçların Cumhuriyet Savcısı tarafından re'sen kovuşturulmasının sakıncalı sonuçlar yaratabilecek olmasıdır.¹⁷⁴ Kunter ve Yenisey'e göre, şikayet, toplumu kovuşturmanın muhtemel zararlarından korumak için kabul edilmiştir.¹⁷⁵ İçel ise suçların şikayet koşuluna bağlı tutulmalarının değerlik nedenleri olduğunu

¹⁷¹ Donay/Kaşık, a.g.e., s. 365.

¹⁷² ztrk/Erdem, a.g.e., s.81.

¹⁷³ Demirbaş, a.g.e, s.192

¹⁷⁴ Timur Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 3.bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005, s.192.

¹⁷⁵ Kunter-Yenisey, a.g.e., s. 21.

belirtmektedir.¹⁷⁶ Bazı suçlarda, o derece önemli görülmedikleri, toplumun çıkarlarına fazla ters düşmedikleri ve az cezaya bağlandıkları için, kovuşturma koşulu olarak suçtan zarar görenin şikayeti aranmıştır. Diğer bazı suçlarda ise, suçtan zarar görenin iradesi dışında suçun başkaları tarafından öğrenilmesinin sakıncaları dikkate alınarak şikayet koşulu öngörülmüştür. Örneğin eski TCK'da alacağım diye kandırıp kızlık bozma suçunda yada evlilik içi niteliksel cinsel saldırı gibi bazı fiiller oldukça önemli olmakla ve ağır cezaları gerektirmekle beraber “yayılmaması, duyulmaması, işlenmesinden daha beter olan”¹⁷⁷ fiillerden oldukları için savcının kendiliğinden kovuşturmayla başlaması, suçtan zarar görenin daha çok zarara uğramasını sonuçlayabilir. Bu tür olayların başkaları tarafından öğrenilip devamlı gündemde kalması suç mağdurunu rahatsız edebilir. Bu nedenle, böyle suçların kovuşturulması suçtan zarar görenlerin isteğine, yani şikayetine bağlı tutulmuştur.¹⁷⁸

Şikayetin Ceza Muhakemesi Hukuku açısından niteliği, dava şartı olmasıdır. Takibi şikâyete bağlı bir fiil hakkında dava açılabilmesi, bu fiilden zarar gören kişinin şikâyet etmesine bağlıdır. Yani ortada takibi şikâyete bağlı bir fiil olmalı ve şikâyet eden kişi bu fiilden zarar görmüş olmalıdır. Şikâyet hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olup, mirasçılara geçmez¹⁷⁹ ve bu hakkın kullanılması mümeyyizlere aittir. Suçtan zarar gören küçük veya akıl hastası ise kanuni temsilcisi varsa şikâyeti o yapar.¹⁸⁰ Şikâyet, ancak kanun tarafından bir suçun şikâyete bağlı bir suç olarak düzenlenmesi durumunda söz konusu olur.¹⁸¹

Demirbaş'a göre şikayetten vazgeçme, şikayet hakkını kullanmış olan şikayetçinin, hüküm kesinleşinceye kadar, şikayetinin geçersiz sayılması için yaptığı

¹⁷⁶Kayihan İçel/Fusun Sokullu-Akıncı/İzzet Özgenç/Adem Sözüer/Fatih S. Mahmutoğlu/Yener Ünver, **İçel Suç Teorisi**, 2. Bası, Beta Yayınları, s. 24-25.

¹⁷⁷Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, **Öztürk Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku**, 8. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005, s. 104.

¹⁷⁸ y.a.g.e., s. 25

¹⁷⁹ Ancak eski TCK'nın 488. maddesi, hakaret ve sövme suçlarında bu kurala istisna koymuştur. Buna göre, hakarete uğrayan kişi şikayette bulunamadan ölmüşse, eşinin, ebeveyninin, çocuklarının, kardeşlerinin ve ebeveyn derecesindeki sıhrî hısımlarının şikayet hakları vardır. y.a.g.e., s. 26.

¹⁸⁰ Öztürk/Erdem, 2006, s. 81.; İçel'e göre şikayetin avukat vasıtası ile yapılmasını da kabul etmek gerekir.; İçel/Sokullu- Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, a.g.e., s. 26

¹⁸¹ Demirbaş, a.g.e., s.192

irade açıklamasıdır.¹⁸² Şikayetten vazgeçme kural olarak hüküm kesinleşinceye kadar mümkün olmakla birlikte, kanun bazen hüküm kesinleştikten sonra da, şikayetten vazgeçmeyi kabul etmiştir.¹⁸³

Öztürk ve Erdem'e göre ise, şikayetten vazgeçme, süresi geçmemiş ve henüz yapılmamış şikayetin artık yapılmayacağını, suçtan zarar gören kişi veya kanuni temsilcisi tarafından açıklanmasıdır. Yapılmış şikayetin, suçtan zarar gören kişi veya kanuni temsilcisi tarafından geçersiz sayılmasının istenmesine de şikayetin geri alınması denmektedir.¹⁸⁴

Şikayet bakımından. yeni TCK'nın 73/3. maddesinde, yeni bir kurum olan uzlaşmaya yer verilmiştir. Buna göre, suçtan zarar gören gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişisi olup, soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı bulunan suçlarda, failin suçu kabullenmesi ve doğmuş olan zararın tümünü veya büyük bir kısmını ödemesi veya gidermesi koşuluyla mağdur ile fail özgür iradeleri ile uzlaştıklarında ve bu husus Cumhuriyet savcısı veya hâkim tarafından saptandığında kamu davası açılmaz veya davanın düşürülmesine karar verilir.¹⁸⁵

Bütün bu bilgiler ışığında şikayete bağlı suçlarda suçtan zarar görenin iradesinin önemli olduğunu, eğer suçtan zarar görenin veya kanuni temsilcisinin suçla ilgili şikayette bulunma arzusu yoksa, onların arzu ve iradesinin aksine bir davranışta bulunarak suçu ihbar etmenin, şikayetin niteliğine aykırılık teşkil edeceğini, bu sebeple şikayete bağlı suçlarda ihbar zorunluluğu bulunmaması gerektiğini düşünmekteyiz.

Sonuç olarak biz de eski (765) TCK'nın 530. maddesindeki düzenlemenin sağlık yardımına gereksinimi olan bütün insanların, suçlu ya da suçsuz (ki bu

¹⁸²Demirbaş, şikayet hakkına sahip olan kişinin, şikayet süresi içerisinde bu hakkını kullanmayacağını açıklamasını şikayet hakkından feragat olarak tanımlamakta, ancak Muhakeme hukukçularının bunu şikayetten vazgeçme olarak tanımladıklarını bildirmektedir.; y.a.g.e., s. 194.

¹⁸³ 3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun'un 16b/3. maddesinde "*Hüküm kesinleşmesinden sonra şikayetten vazgeçildiğinde de, hüküm bütün cezai sonuçları ile ortadan kalkar*" denilmektedir. y.a.g.e., s. 194.

¹⁸⁴ Öztürk/Erdem, a.g.e., s.82.

¹⁸⁵ Demirbaş, a.g.e, s.193.

yargılama süreci sonucunda belirlenecektir) ayrımı yapılmaksızın ihbar edilebileceği kaygısından uzak şekilde sağlık yardımı alabilmelerini sağlayacak biçimde düzenlenmiş olduğu görüşüne¹⁸⁶ katılıyoruz.

2.3.2.Suçun Maddi Unsuru (Objektif Unsur)

Suçun maddi unsuru, görevi sırasında bir suçun işlendiği yönünde bir belirti gördüğü halde bunu yetkili makamlara bildirmemek veya bunda gecikme göstermektir. İki fiil cezalandırılmaktadır. Birincisi suçu bildirmemek ikincisi ise bildirimde gecikmektir. Her iki fiil de aynı sonucu doğurur.¹⁸⁷

2.3.2.1.İhbarın Yapılacağı Mercii ve Şekli

Yeni (5237) TCK'nın 280. maddesinde “yetkili makamlar” tabiri kullanılmış ancak yetkili makamların kimler olacağı madde metninde gösterilmemiştir. Yeni (5237) TCK'nın 278. maddesinde herkes için suçu bildirmeme suçu düzenlenmiş ve bu maddenin gerekçesinde yetkili makamlar için “suçu takibe yetkili makamlar” tabiri kullanılmıştır.¹⁸⁸ Arslan ve Azizağaoğlu ise örnek olarak bu makamların hastane acil servisindeki bir doktor veya hemşire için hastane polisi, polis haber merkezi veya acil servis yöneticisi olabileceklerini belirtmişlerdir.¹⁸⁹

Eski (765) TCK'daki 530. maddede ihbarın yapılacağı mercii “Adliye veya zabıta” olarak belirtildiği halde Erem'e göre bu makamlar CMUK'un 151. maddesine göre Savcılık, zabıta, Sulh Hakimleri, Vali, Kaymakam ve Nahiye Müdürleri olabilecektir.¹⁹⁰

Aynı şekilde CMK'nın 158. maddesi değerlendirilecek olursa bu maddede suça ilişkin ihbar ve şikayetlerin nereye yapılacağıının yeniden düzenlenmiş olduğu görülecektir. Buna göre;

¹⁸⁶ Türk Tabipler Birliği, a.g.e., s. 24.

¹⁸⁷ Yurtcan, a.g.e., s. 454.

¹⁸⁸ Noyan, a.g.e., s. 494.

¹⁸⁹ Arslan/Azizağaoğlu, a.g.e., s. 1123.

¹⁹⁰ Erem, a.g.e., s. 2584.

- (1) Suça ilişkin ihbar veya şikayet Cumhuriyet Başsavcılığına veya kolluk makamlarına yapılabilir.
- (2) Valilik veya Kaymakamlığa ya da mahkemeye yapılan ihbar veya şikayet ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir.
- (3) Yurtdışında işlenip ülkede takibi gereken suçlar hakkında Türkiye'nin elçilik ve konsolosluklarına da ihbar veya şikayette bulunulabilir.
- (4) Bir kamu görevinin yürütülmesi ile bağlantılı olarak işlendiği iddia edilen bir suç nedeni ile, ilgili kurum ve kuruluş idaresine yapılan ihbar veya şikayet, gecikmeksizin ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir.
- (5) İhbar veya şikayet yazılı veya tutanağa geçirilmek üzere sözlü olarak yapılabilir.
- (6) Yürütülen soruşturma sonucunda kovuşturma evresine geçildikten sonra suçun şikayete bağlı olduğunun anlaşılması halinde; mağdur açıkça şikayetten vazgeçmediği takdirde, yargılamaya devam olunur.

İhbar ve şikayet ile ilgili 158. madde, 1412 sayılı Kanun ve Tasarı hükümlerinden kısmen farklı düzenlenmiştir. Yazılı veya sözlü olabilen ihbar ile şikayet aynı esaslara tâbi kılınmıştır. Ayrıca ihbar ve şikayetin doğrudan doğruya yapılabileceği makamlar, Cumhuriyet Başsavcılığı ve kolluk ile sınırlandırılmıştır. Sulh hâkimlerine ihbar ve şikâyetle bulunulması kabul edilmemiştir. Dolaylı olarak ihbar ve şikâyeti kabul edecek merciler ise; yurt içinde işlenen suçlar bakımından Kaymakamlık, Valilik veya Mahkemeler, yurt dışında işlenen ve ülkede takibi gereken suçlar bakımından ise elçilik veya konsolosluklardır. Ülkede işlenen suç bir görev suçu ise, ilgili kamu kurum ve kuruluşuna ihbar veya şikâyetle bulunulabilir. İhbar veya şikâyeti kabul eden bütün merci ve makamlar, durumu (gecikmeksizin) ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına iletmek zorundadırlar.¹⁹¹

¹⁹¹ Cumhur Şahin, **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005, s. 500

Yaşar'a göre; CMK'nın 158. maddesinin 4. fıkrasıyla dolaylı da olsa, ihbar veya şikâyet makamları genişletilmiştir. Kurum veya kuruluşa yapılan ihbar veya şikâyetlerin gecikmeksizin ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesi öngörülmüştür. Ancak bu ihbar veya şikâyet kamu kurum veya kuruluşu tarafından iddia edilen suçun, kurum veya kuruluşun yürüttüğü kamu görevi ile bağlantısı varsa kabul edilebilir. Bağlantısı yoksa kabul edilmeyebilir. Yasada ihbarların yapılacağı yerler bildirilmekle birlikte, bunlar dışında kalan ve zorunlu olmamasına karşın ihbarı alan makamların, bir ihbarı yetkililere ulaştırmalarına engel bir durum yoktur.¹⁹² Yaşar, 5271 sayılı yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından verilmiş olan bazı kararlarda¹⁹³ Adalet Başmüfettişine, idari soruşturma esnasında muhakkike veya Lise Müdürlüğüne yapılan şikayetlerin geçerli olarak kabul edilmediklerini, ancak yeni CMK'nın 158. maddesinin 4. fıkrası karşısında bu şikayetlerin geçerli olacağını belirtmektedir. Dönmezer'e göre de öğrendiği suçu kendi dairesi amirine bildiren memur, keyfiyeti ilgili daireye bildirmiş sayılmalıdır.¹⁹⁴ Suçun ihbar edildiği makamın yetkisi konusunda hata, kastı kaldırır.¹⁹⁵

Kanaatimizce kamu görevlisi olan sağlık mesleği mensubu için en yakın sicil ve disiplin amiri konumundaki yetkiliye ihbarda bulunmuş olmak yeterli kabul edilmelidir. Çünkü kamu kurumlarında bir kamu görevlisinin amir atlayarak Kaymakamlık veya Savcılığa ya da kolluk makamlarına ulaşarak bildirimde bulunması yerine sıralı amirler vasıtası ile bildirimde bulunması hem daha kolay olacak hem de kendisine en yakın sicil ve disiplin amirini bilgilendirmiş olacaktır. Kamu görevlisi olmayan sağlık mesleği mensubu için de özel sağlık kuruluşunun mesul müdürüne yapılan bildirim yeterli kabul edilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Belirtilen bu yerler dışında, örneğin ihbar edilecek suçla ilgili olarak basına açıklama yapılmasının, hem bildirim yükümlülüğünün ifası olarak kabul edilemeyeceği hem de hasta sırrının ifşası niteliği taşıyacağı kanaatindeyiz.

¹⁹² Osman Yaşar, **Uygulamalı ve Yorumlu 5271 sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu**, Ankara 2005, s. 632

¹⁹³ CGK.,13.10.1998, 5/MD-240-315; CGK., 26.09.1995, 5/234-257;CGK.,02.03.1992, 5/31-53; y.a.g.e., s. 635-636.

¹⁹⁴ Sulhi Dönmezer, **Özel Ceza Hukuku Dersleri**, İstanbul 1984, s. 146.

¹⁹⁵ Erol, a.g.e., s. 1267.

Yeni (5237) TCK'nın 280. maddesinde ihbarın ne şekilde yapılacağı konusunda bir açıklık yoktur. İhbar CMK'nın 158. maddesine göre yazılı veya tutanağa geçirilmek üzere sözlü olarak yapılabilir. Yaşar'a göre, ihbar şekle bağlı olmayıp yazılı yada sözlü olabilir. Muhbir, adını yazarak yada söyleyerek suçu bildirebileceği gibi, imzasız mektupla, başkasının adıyla yada adını bildirmeden telefonla da suç duyurusunda bulunulabilir. Suç ihbarları veya şikayetlerinin sözlü olarak yapılması durumunda, yetkililerin hemen tutanak düzenlemeleri zorunludur.¹⁹⁶ Ancak biz, ileride meydana gelebilecek muhtemel ispat sorunları bakımından yazılı olarak yapılmasının faydalı olacağı kanaatindeyiz.

Eski (765) TCK'nın 530. maddesinde de ihbarın ne şekilde yapılacağına dair bir açıklık bulunmamakla birlikte doktrinde bazı yazarlar tarafından CMUK 151. maddesine atıf yapılarak yazılı veya sözlü yapılabileceği kabul edilmişti.¹⁹⁷

2.3.2.2. İhmal ve Gecikmede Bulunulması

2.3.2.2.1. İhmal Kavramı

Yeni (5237) TCK'nın 280. maddesindeki ihmale değinmeden önce genel olarak ihmal kavramı üzerinde durmak gerekecektir. Suçun varlığı için bulunması gereken icra yada ihmal hareketine, doktrinde kısaca "hareket" adı verilir. Ancak, yalnız bir hareketin varlığı suçun maddi unsurunun tamamlanması için yeterli olmayıp, dış alemde bir değişikliğin de vuku bulması, yani bir sonucun da meydana gelmesi gereklidir.¹⁹⁸ Alacakaptan'a göre hareket iki şekilde ortaya çıkabilir: Bir şeyi yapmak (icra) veya yapmamak (ihmal). Bununla birlikte icrai bir hareketle işlenen suçların bazı hallerde ihmali bir hareketle işlenmesi (ihmal suretiyle icra suçları) de mümkündür.¹⁹⁹

¹⁹⁶ Yaşar, a.g.e., s. 631-632.

¹⁹⁷ Erol, a.g.e., s. 1267, Dönmezer, 1984, s. 147; Akıncı ve Atakan, a.g.e., s. 108; Aksi görüşler için Bkz: Akdağ, a.g.e., s. 895; Majno, a.g.e., s. 265; Savaş/Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 5937.

¹⁹⁸ Uğur Alacakaptan, **Suçun Unsurları, Sevinç Matbaası**, Ankara 1975, s. 39.

¹⁹⁹ y.a.g.e., s. 40.; Demirbaş'a göre hareketin şekillerine göre suçlar, icrai suçlar, ihmali suçlar ve ihmal suretiyle icrai suçlar olmak üzere üç grupta incelenebilir. Demirbaş, a.g.e., s. 206; Doktrinde

İhmal kavramından anlaşılması gereken; bir kimsenin kendi yeteneğine ve mevcut araçlara göre, somut ve bireysel olarak yapması mümkün olan belli bir iradi hareketi yapmamasıdır.²⁰⁰ Hakeri'ye göre, ihmal bir gerçeklik değil, aksine bir yargıdır. Dış dünyada ihmalin varlığı ile yokluğu fark edilmez. İhmali, ceza hukuku bakımından önemli kılan, hukuken beklenen hareketin yapılmamasıdır.²⁰¹ İhmal, hukuk düzeninin yap dediğini yapmamak, boşlamaktır.²⁰² Öztürk ve Erdem'e göre, ihmal, icradan farklı olarak ampirik bir gerçeklik olmayıp, hukuksal açıdan kişiden beklenen hareketin gerçekleştirilmemesidir.²⁰³ Alacakaptan'a göre ise, ihmali hareketin de somut bir varlığı vardır ve bunun esası, insanın kendisine hukuk düzeni tarafından yüklenmiş bir fiil nedeniyle yapması gereken hareketi yapmamasından ibarettir.²⁰⁴ İçel'e göre, ihmali suçlarda söz konusu olan eylem, sadece normatif olarak, belli bir davranışta bulunmama olarak kabul edilmektedir. İhmal, davranış normlarıyla kişiye belli bir icrai davranışta bulunma yükümlülüğünün yüklendiği durumlarda, kişinin bu yükümlülüğü yerine getirmemesidir.²⁰⁵

İhmali suçlar, bir kimsenin, ya özel bir yükümlülüğe (nitelikli ihmali suç-garantörsel ihmali suç) ya da genel bir hareket yükümlülüğüne aykırı olarak (gerçek ihmali suç) belirli bir hareketi yapmayı ihmal etmek suretiyle işlediği suçlardır.²⁰⁶

bazı yazarlar ihmali suçları gerçek ihmali suçlar ve görünüşte ihmali suçlar (ihmal suretiyle icrai suçlar) olarak ayırmaktadır. Öztürk/Erdem, 2005, s. 121.; İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, a.g.e., s. 62.; Diğer bazı yazarlar ise suçları icabi (olumlu) hareketlerle işlenen ve selbi (olumsuz) hareketlerle işlenen suçlar olmak üzere ikiye ayırmakta, selbi suçları da selbi (olumsuz) hareketli icabi suç ve basit selbi suç olarak tasnif etmektedir.; Faruk Erem/Ahmet Danışman/Mehmet Emin Artuk, Ümanist **Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi 1997, s. 256-257.

²⁰⁰ Köhler'den Nakleden, Hakeri, a.g.e., s. 33.

²⁰¹ Hakeri, a.g.e., s. 208.

²⁰² Turhan Tufan Yüce, **Ceza Hukukunun Temel Kavramları**, Ankara 1985, s. 21, dn:6

²⁰³ Öztürk/ Erdem, 2005, a.g.e., s. 121.

²⁰⁴ Alacakaptan, a.g.e., s. 44.

²⁰⁵ İçel/Sokullu- Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, a.g.e., s. 61.

²⁰⁶ Hakeri, a.g.e., s. 33; Artuç/Gedikli, a.g.e., s. 89.; Hakeri'ye göre ihmali suçlara, özel ceza kanunlarında her geçen gün daha fazla sayıda yer verildiği dikkat çekmektedir. Bu gelişmede dikkat çeken husus da Devletin kendi sorumluluk alanına giren sahada vatandaşına daha fazla yükümlülük yüklemesidir. İhmali hareketin cezalandırılabilirliği konusunda bir paradoks oluşmaktadır. Bir yandan, ihmali hareket icrai harekete nazaran cezaya daha az layıktır. Özellikle pozitif genel önleme amacıyla ihmalin cezalandırılabilirliğini açıklamak gittikçe güçleşmektedir. Buna karşılık ihdas edilen yeni suçlar alanında ise ihmali suçların gitgide ağırlık kazandığı görülmektedir. Hakeri, gelecekte işlenecek suçların çoğunun profesyonel suçlularca değil de, sosyal olarak topluma entegre olmuş kimselerce işleneceğini aktarmaktadır. Bu suretle bir yandan ihmalin cezaya layıklığı şüpheyle karşılanırken, öte yandan da ihmalin cezalandırılmasına yönelik suç politikası talepleri artmaktadır. Bkz: Hakeri, a.g.e.,

Buna göre ihmali suçlar kanunda yer alan hareket yükümlülüğüne rağmen kanunun öngördüğü hareketi yapmamak suretiyle işlenen suçlar (gerçek ihmali suçlar) veya hukuksal olarak bir neticeyi önlemekle yükümlü kılınan bir kimsenin, neticeyi önlemesi mümkün olduğu ve neticeyi önlemesi ondan beklenebilir olduğu halde, neticeyi önlememesi suretiyle işlenen suçlar (nitelikli-garantörsel) olarak tanımlanabilir.²⁰⁷

Gerçek ihmali suçlarda kanun tarafından yapılması emredilen bir hareketin yapılmaması söz konusudur. Her ne kadar yapılması talep edilen, emredilen hareket ile sonuçta hukuk düzeni tarafından olumsuz görülen bir netice engellenmek isteniyorsa da, kanun koyucu ihmal edene neticeyi önlemek hususunda herhangi bir yükümlülük yüklememiştir ve bu nedenle belirli bir neticenin meydana gelmesi suçun tipik unsurlarına dahil değildir.²⁰⁸ Bu ihmali davranışın dışında ayrıca başka bir neticenin meydana gelmesi aranmaz. Görünüşte ihmali suç yada nitelikli-garantörsel veya ihmal suretiyle icrai suçlar olarak adlandırılan suçlarda ise kişi belli bir neticenin gerçekleşmesini önlemek hususunda özel bir yükümlülük altında bulunduğu için, bu sonucun oluşumuna kendisi neden olmasa bile, onu engellememesi durumunda, ihmali bir davranışla bir suç işlemiş kabul edilmektedir.²⁰⁹

Sağlık mesleği mensubunun görevi dolayısıyla öğrendiği bir suçu bildirmeme suçu, gerçek ihmali suçtur ve ihmali hareketin yanı sıra ayrıca bir neticenin meydana gelmesi aranmamaktadır. Burada bir suçtan haberdar olan sağlık mesleği mensubunun, yetkili makama durumu bildirmesi yükümlülüğü getirilmekte, fakat işlenecek suçun önlenmesi yönünde bir talepte, emirde bulunulmamaktadır. Yani gerçek ihmali suçlarda belirli bir neticenin önlenmesi yükümlülüğü söz konusu

s. 212-213, dn:56; Bu görüşler, yeni TCK'nın 280. maddesi ve sağlık mesleği mensupları açısından değerlendirildiklerinde haklılıkları daha da bariz olarak ortaya çıkmaktadır.

²⁰⁷ Hakeri, a.g.e., s. 33.

²⁰⁸ Avusturya'daki hakim görüş de maddi kriterlere göre ayırım yapmaktadır. Bu noktada esas alınan husus da suçun tamamlanması için belirli bir neticenin gerçekleşmesinin gerekli olup olmadığıdır. Buna göre gerçek ihmali suçlar emredilen hareketin yapılmaması ile gerçekleştirilirken, nitelikli (garantörsel) ihmali suçlarda, ihmalin yanı sıra tipik bir neticenin meydana gelip gelmediği de araştırılmaktadır. Bkz. Hakeri, a.g.e., s.101-102.

²⁰⁹ İçel/Sokullu- Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, a.g.e., s. 62-63.

olmadığından tipikliğe dahil olan hususlardan dolayı garantörlük de söz konusu olmayacaktır. Öğrendiği suçu yetkili makamlara bildirmeyen sağlık mesleği mensubu, bu suçun işlenmesi halinde bildirilmesi gereken suça yardımdan dolayı sorumlu tutulamaz zira o suçu önlemek hususunda garantör kılınmamaktadır.

Gerçek ihmali suçların dogmatik yapısı ikili bir ayırım içinde ele alınmaktadır. Hareket yükümlülüğünün tipik şartları (yükümlülük kurucu durum) ve bundan kaynaklanan, yerine getirilmemesi hukuka aykırılık teşkil eden hareket yükümlülüğüdür.²¹⁰ Sağlık mesleği mensubunun görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşması yükümlülük kurucu durumdur, durumu yetkili makamlara bildirmemesi veya bu hususta gecikme göstermesi ise hareket yükümlülüğüdür.

İhmali suçlar icrai bir fiil ile işlenen suçlardan esaslı yönlerden ayrılmaktadırlar. Bu sebeple icrai suçlar için geliştirilmiş bulunan hukuki kavram ve kuralların doğrudan bu suçlara uygulanması her zaman mümkün olamamaktadır. Bazı yazarlara göre²¹¹ bundan dolayı yeni TCK'nın genel hükümlerinin, ihmali suçlara aktarılması her zaman mümkün değildir. Gerçek ihmali suçlarda belirli bir davranışta bulunma zorunluluğu suç tipinde öngörülmektedir. Cezalandırma da, hukuksal açıdan yapılması gerekenin ihmal edilmesinden, suç tipinde öngörülen emre karşı gelinmesinden kaynaklanmaktadır. Gerçek ihmali suçlardan farklı olarak görünüşte ihmali suçlar (nitelikli-garantörsel), kanunda ayrıca tanımlanmaz. Burada aslında aktif bir hareketle işlenebilen bir icrai suçun, hareketsiz kalarak işlenmesi söz konusudur. Ancak, yeni TCK, ihmali hareketin icrai harekete eşdeğer sayılabileceği durumları, yalnızca belirli bazı suçlarla sınırlı tutmuştur.²¹² Bunlar dışında kalan suçların ihmali bir hareketle işlenmesi durumunda failin cezalandırılabilmesine olanak yoktur. Her ne kadar bazı madde gerekçelerinde, ilgili suçun ihmali bir hareketle de işlenebileceğine yer verilmiş ise de gerekçenin bağlayıcılığı yoktur.²¹³

²¹⁰ Hakeri, a.g.e., s. 108.

²¹¹ Öztürk/ Erdem, 2005, a.g.e., s. 122-123.

²¹² Kasten öldürme (yeni TCK m.83), kasten Yaralama (yeni TCK m.88) ve işkence suçu (yeni TCK m.94/5); Öztürk/ Erdem, 2005, a.g.e., s. 123.

²¹³ y.a.g.e., s. 123.

İcrai suçlar için geliştirilmiş bulunan kuralların, ihmali suçlara ters yönde uygulanması gerektiğini savunan bazı yazarlar bunu “tersinelik prensibi” olarak ifade ederler.²¹⁴ Aynı koşulların icrai ve ihmali suçlarda daima tam tersi sonuçlara yol açtığı şeklinde ifade edilebilecek bu “tersinelik prensibine” katılmayan yazarlara göre ise ihmal, icra gibi aynı gerçekliğe sahip olmadığından, ihmal kavramına icrai suçlarda konusu olmayan bazı unsurlar dahil edilmelidir. İhmali suçların yapısı, icrai suçların yapısına nazaran daha karmaşıktır.²¹⁵

2.3.2.2.2. Tipiklik

Tipiklik, işlenmiş bir fiilin ceza kanununda yapılmış bulunan suç tanımına (suç kalıbına) uygun bulunup bulunmadığının tespiti ile ilgilidir; işlenmiş fiilin kanundaki suç tanımına uygun olduğu tespit edilirse kanuni unsur (tipiklik) vardır denir.²¹⁶ İhmali suçların objektif unsuruna dahil olan ilk husus, ihmali hareketin tipikliğidir. İhmali bir suçtan bahsedebilmek için tipik bir ihmal durumu, yani failin hareketsiz kalmak durumunda olduğu bir konunun söz konusu olması gerekir. Hareket yükümlülüğünün içeriğinin kendisine göre belirlendiği duruma, tipik durum adı verilmektedir.²¹⁷ Tipik durum, kanunda düzenlenmiş bulunan ihmali suçlarda tarif edilmektedir. Örneğin yeni (5237) TCK'nın 280. maddesinde düzenlenen sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmemesi suçunda, tipik durum, sağlık mesleği mensubunun görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşmasıdır. Emredilen hareket ise durumu yetkili makamlara bildirmesidir. Hareket yükümlülüğü olan kişi ise görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşan sağlık mesleği mensubudur. Bazı gerçek ihmali suçlarda olduğu gibi bu suçta da ancak belirli niteliklere sahip olan kişiler fail olabilir (sağlık mesleği mensubu olan kişi). Bütün gerçek ihmali suçlar geniş anlamda özgü suç olarak anlaşılabilir. Zira fail daima belirli bir durumda fail olarak tanımlanmaktadır.²¹⁸

²¹⁴ Nakleden Hakeri, a.g.e., s. 206.

²¹⁵ Hakeri, a.g.e., s. 206.

²¹⁶ Öztürk/ Erdem, 2005, a.g.e., s. 111.

²¹⁷ Hakeri, a.g.e., s. 207.

²¹⁸ Jakobs'dan nakleden, Hakeri, a.g.e., s. 208.

İhmali suçların tipikliğine doğal olarak, hareket etmekle yükümlü olan ve hareket kabiliyeti bulunan kimsenin, tipik durum dolayısıyla gerekli olan hareketi yapmaması da dahildir. Kasti ihmali suçun tipikliği, failin hareket yükümlülüğünü yerine getirmek için çaba göstermiş olmasına rağmen başarıya ulaşamaması halinde gerçekleşmiş olmaz.²¹⁹ Örneğin acil serviste görevli doktor, hastasını muayene ederken bir suç belirtisi ile karşılaşsa, ancak henüz hasta ile ilgili bilgileri ve bulguları tam olarak kaydetmeden acil bir başka hasta gelse, doktor son gelen acil hastaya müdahale ederken, diğer taraftan suç belirtisi taşıyan hasta ihbar edileceğini düşünerek, acil servisten kaçsa ve bu sebeple doktor bildirimde bulunamasa veya eksik bilgilerle bildirimde bulursa bu durumda ne olacaktır?

Jescheck/Weigend'e göre, emri yerine getirme maksadıyla yanlış hareket eden veya az yapan kişi, ancak taksirli ihmali suçtan dolayı cezalandırılabilir.²²⁰ Ancak eğer doktor bildirimde bulunması gereken suçla ilgili olarak başka bir acil hastası olmadığı halde sahte veya noksan ihbarda bulunursa ihmal suçu gerçekleşmiş olacaktır.²²¹

İhmal, beklenen hareketin hiç yapılmaması, geç yapılması ya da kanunun gösterdiği yer dışında yapılması şeklinde gerçekleşebilir.²²² "İhmal"i "hiçbir şey yapmamak"tan ayıran husus, ihmalde bulunanın kişinin, hareket etme olanağını veya kendisinden aktif bir hareket beklendiğini değerlendirme durumunda olmasıdır. İhmal "hiçbir şey yapmamak" değil "belli bir şeyi yapmamak"tır. Dolayısıyla kanunun yapılmasını istediği hareketin yerine başka bir şey yapan da "ihmal" ediyordur.²²³ Yapılması beklenen ama yapılmayan hareketin nasıl bir hareket olması gerektiği yeni (5237) TCK'nın 280. maddesinde doğrudan gösterilmiştir. Görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşması durumunda sağlık mesleği mensubu durumu yetkili makamlara bildirecektir. Gerçek ihmali

²¹⁹ Hakeri, a.g.e., s. 210.

²²⁰ Jescheck/Weigend'den nakleden Hakeri, a.g.e., s. 210.

²²¹ Erman/Özek,(Sahir Erman), **Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar**, İstanbul 1992, s. 180.

²²² Nurullah Kunter, **Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi**, İstanbul 1954, s. 59, dn:124

²²³ Alacakaptan, a.g.e., s. 43.

suçlarda bir hareketin yokluğundan ibaret olabilecek netice gerçekleşmiş olmalıdır. Dolayısıyla tipikliğe netice de dahildir.²²⁴

2.3.2.2.3.Hareket Olanığı

Hareket olanağı (kabiliyeti-yeteneği) sorunu icrai suçlara göre ihmali suçlarda daha farklı ele alınmak durumundadır. Erman/Özek'e göre kimseden yerine getiremeyeceği bir yükümlülüğü ifa etmesi talep edilemez.²²⁵ Bir kimseyi neticeye uygun hareketi yapmadığından dolayı kınayabilmek için, neticeyi önlemeye uygun hareketin fail tarafından yapılmasının fiilen mümkün olması gerekir. Bu şekilde sadece gerçekten de hareket olanağı olan ve neticeyi önleme iktidarına sahip bulunan kimsenin ihmalinden dolayı sorumlu tutulması sağlanmak istenmiştir.²²⁶ Bu koşul "ultra posse nema obligatur", "kimse imkanı dışında mecbur (sorumlu) tutulamaz" kuralının bir sonucu olup yazılı bir dayanağa gerek yoktur.²²⁷

Fail hem genel olarak (objektif), hem de bireysel olarak (subjektif) hareket yeteneğini haiz olmalıdır. Hareket etmeye yönelik fiziksel yetenek, organların yetersiz olması ve kasların yeterince güçlü olmaması v.b. hallerde mevcut değildir. Fiziksel engeller dışındaki engellerin mevcudiyeti halinde de hareket kabiliyetinin bulunmadığı söylenebilir. Genel hareket yeteneği, yani kişinin ortalama bir insanın bütün bilgi ve becerilerine sahip olarak emredilen hareketi yapabilecek olması, hareket teorisi çerçevesinde de ihmal kavramına dahildir.²²⁸ Ancak öğretilerdeki baskın görüş, genel hareket olanağını yeterli görmemekte ve hareket olanağını ihmali fail olarak somut olayda söz konusu olabilecek kişiler bakımından da değerlendirmektedir. Dolayısıyla somut olaydaki failin hareket olanağına sahip olması gerekmektedir. Böylece baskın görüş, bireysel hareket yeteneğini ihmali suçların unsuruna dahil etmiştir.²²⁹

²²⁴ Jakobs'dan nakleden Hakeri, a.g.e., s. 212.

²²⁵ Erman/Özek, a.g.e., s. 181.

²²⁶ Timur Demirbaş / Mustafa Ruhan Erdem, **Ceza Hukuku Pratik Çalışmaları**, Ankara 2001, s. 70.

²²⁷ Sulhi Dönmezer / Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, Genel Kısım, C:I, 12. Bası, İstanbul 1997, s. 481.

²²⁸ Jescheck/Weigend'den nakleden Hakeri, a.g.e., s. 218.

²²⁹ Nakleden Hakeri, a.g.e., s. 218.

Örneğin küçük bir köy sağlık evinde ebelik yapan sağlık mesleği mensubu görevi sırasında bir suç belirtisi ile karşılaşsa, ancak kış mevsiminde bulunduğu için köy yolları kardan kapanmış ve köyle haberleşme kesilmiş olsa bu durumda ebe suçu zamanında bildirmemekten sorumlu tutulacak mıdır? Yargıtay'ımız hareket olanağının bulunmadığı hallerde, ihmal kastının da kabul edilemeyeceğine karar vermiştir.²³⁰

Yine acil serviste nöbet tutan doktorun görevi esnasında bir suç belirtisi ile karşılaştığını, ancak iş yoğunluğundan yetkili makamlara ihbarda bulunamadığını, nöbet bitiminde ise kendisinin bir yakınının vefatı nedeniyle acilen başka bir ile gittiğini ve yoğun elem ve üzüntü içinde olduğundan tespit ettiği suçu ihbar etmeyi unuttuğunu farz edersek, bu durumda kişinin hareket olanağı bulunmadığı kabul edilebilecek midir?

Hareket kabiliyetinin olması gereken an, ilke olarak hareketin yapılması gereken andır. Bu an ile ilgili olarak şu ölçüt benimsenebilir: yapılması gereken hareketin gerekli ve mümkün olduğu andan o hareketin artık gerekli olmadığı veya artık yapılamayacağı ana kadar olan zaman dilimi, hareket kabiliyetinin bulunması gereken zaman dilimidir.²³¹

Bireysel hareket yeteneği koşulu öğretisi ve uygulamada genel olarak tanınmakla beraber hangi şartlar altında bu yeteneğin kabul edileceği hususu tartışmalıdır. Bazıları bunu objektif bakış açısına dayandırmakta, yani neticenin gerçekleşmesinin objektif olarak tanınabilirliğini esas almaktadır. Buna karşın bazı yazarlar fiziksel hareket olanağından bağımsız olarak hareketin amacını bilmeyi şart koşmaktadır. Tipik durumun bilinmesi hareket kabiliyetinin temelidir. Fail hareketinin amacını, bu amaca ulaşmak için gerekli bulunan aracı bilmeli veya

²³⁰ CUH. 14.10.1957, 1/50-55, Nejat Özütürk, **Türk Ceza Kanunu Şerhi ve Tatbikatı**, Cilt:1, 2. Baskı, İstanbul 1970, s. 865.

²³¹ Hakeri, a.g.e., s. 221.

bilebilecek durumda olmalı ve ayrıca fiziksel olarak bu amacı gerçekleştirecek durumda olmalıdır.²³²

Tipik durum ile karşı karşıya gelen kişi, fiziki olarak, emredileni yapmak veya en azından emredileni yapmaya yönelik yollardan birine adım atmak durumunda olmalıdır. Bu noktada objektif bir ölçüye gereksinim bulunmaktadır. Bu ölçü akli başında, makul, ızanlı, muhakemeli, idraklı bir gözlemcinin durumu “ex ante” değerlendirmesinde, emredilen hareketi iradi hedef olarak tasavvur etmesi ve dış olanakların da bunun için yeterli olduğu sonucuna ulaşmasıdır. Burada önemli olan failin değil, olaya şahit olarak düşünülen bir gözlemcinin esas alınması ve ex ante bir değerlendirmenin yapılmasıdır.²³³

2.3.2.2.4.Nedensellik Bağı

Kunter, gerçek ihmali suçlarda nedensellik bağının bir problem teşkil etmediğini, zira bunlarda neticenin harekete bitişik olduğunu belirtmektedir.²³⁴ Aslında bu suçlarda da bir nedensellik bağı vardır. Ancak bu suçlarda netice harekete bitişik olduğundan, nedensellik bağının aranmasının pratik bir önemi yoktur.²³⁵

İhmali hareketin, gerçekleşen neticeden dolayı sorumluluk ortaya çıkarabilmesi için, hareketsiz kalınacağı yerde, harekete geçilmiş olsaydı neticenin de önlenebilecek olması gerekir. Dolayısıyla “fail icra hareketinde bulunmuş olsaydı bile, yine de netice gerçekleşecekti” diyebiliyorsak, bu neticeden fail sorumlu tutulamaz.²³⁶ Jescheck/Weigend’e göre de, “ihmali hareket olmasaydı, yani icrai bir hareket yapılsaydı, netice meydana gelmeyecekti” diyebiliyorsak, ihmali hareket ile netice arasında nedensellik bağı vardır.²³⁷

²³² y.a.g.e., s. 221.

²³³ Jescheck/Weigend’den nakleden Hakeri, a.g.e., s. 220.

²³⁴ Kunter, a.g.e., s. 208.

²³⁵ Sulhi Dönmezer, “Maddi Sebebiyet Alakası”, **İÜHF**M, Cilt: IX, Sayı 1-2, s. 95, dn:23; Dönmezer/Erman, I,a.g.e., s. 473.

²³⁶ Öztürk/ Erdem, 2005, a.g.e., s. 122-123.

²³⁷ Jescheck/Weigend’den nakleden Hakeri, a.g.e., s. 229.

Hakeri'ye göre nedensellik bağının gerekliliği noktasında gerçek ihmali suçlar ile nitelikli (garantörsel) ihmali suçlar arasında bir fark yoktur. Önemli olan her iki ihmal bakımından da nedensellik bağının bulunması gerektiği, fakat bu iki tip ihmali suç arasında nedensellik bağı bakımından değil, garantörlük bakımından ayırımın bulunduğu ve dolayısıyla neticeyi önleme konusundaki hukuksal yükümlülüğün nedensellik bağı ile karıştırılmaması gerektiğidir.²³⁸

2.3.2.2.5.Süre

Yeni (5237) TCK'nın 280. maddesinde seçimlik hareket olarak sayılan bildirmemek veya bu hususta gecikme göstermek bakımından bir fark yoktur. Maddede bildirim yükümlülüğüne ilişkin bir süre öngörülmemiştir. Bazı yazarlara göre bunu somut olayın özelliğine göre hâkim takdir etmelidir.²³⁹

Çetin'e göre kanunda sürenin belirtilmediği hallerde makul bir süre içinde yapılmayan ihbar, ihmal edilmiş sayılır. Bu sürelerden sonra yapılan ihbar ise gecikmiş ihbardır.²⁴⁰ Görgün'e göre de ihbar belli bir süre içinde yapılmadığı takdirde, bu süre geçtikten sonra ihbar yapılsa dahi fail sorumluluktan kurtulamaz.²⁴¹ Erem ise ağır yaralanmada, hayati tehlikede ihbarın hemen yapılması gerektiğini, tedavi nedeniyle uzun süreli bir gecikmeye sebep olmamak için ilk gözlemden sonra ihbarın yapılması gerektiğini belirtmiştir.²⁴²

Kanaatimizce de bu makul süre, her somut olayın özelliğine göre hakim tarafından takdir edilmelidir.

²³⁸ Hakeri, a.g.e., s. 234.

²³⁹ Arslan/Azizağaoğlu, a.g.e., s. 1124; Akıncı/Atakan, a.g.e., s. 108; Dönmezer, 1984, s. 147; Evliyaoğlu, a.g.e., s. 561.

²⁴⁰ Çetin, a.g.e., s. 703; Erman/Özek, a.g.e., s. 180.

²⁴¹ Görgün, a.g.e., s. 872.

²⁴² Erem, Cilt:2, a.g.e., s. 2585; Majno, a.g.e., s. 265.

2.3.3.Suçun Manevi Unsuru (Subjektif Unsur)

2.3.3.1.Kast ve Taksir

2.3.3.1.1.Kast

Yeni (5237) TCK'nın 21/1. maddesinde "kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir." denilmek suretiyle kast tanımlanmıştır. Buna karşılık öğretide kast, tipikliğe ait objektif nitelikteki unsurların fail tarafından bilinmesi ve istenmesi olarak tanımlanmaktadır.²⁴³ Yargıtay bir kararında kastı şu şekilde tarif etmiştir: "*Yasamız tarafından kabul edilen ve öğretide ağırlıklı görüş olan "bilinç ve irade" teorisine, ("karma teori"ye) göre "kast"; yasanın suç saydığı bir eylemi ve onu meydana getirecek hareketin sonuçlarını bilerek ve öngörerek, isteyerek işleme iradesidir. Yani kastın iki unsuru vardır, bilme (öngörme) ve isteme.*"²⁴⁴

Zorunluluk halinde veya cebir ve şiddet, korkutma ve tehdit sonucu suçun işlenmesi cezasızlık sebebi olarak kabul edilir. 5237sayılı TCK'nin 28. maddesinde "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 ve şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişi suçun faili sayılır." denilmektedir.

Bu konuya örnek olarak, özellikle terör örgütlerinin sağlık mesleği mensuplarına yaralılarını tedavi ettirmek üzere götürmeleri esnasında, sağlık mesleği mensuplarının kendilerini ihbar etmemeleri için onlara karşı zor kullanmaları veya onları tehdit etmeleri gösterilebilir. Bu durumda sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmemesi sebebiyle cezalandırılmaması gerekir. Çünkü kastın, (suçu

²⁴³Öztürk/ Erdem, 2005, a.g.e., s. 178.

²⁴⁴ Yrg.9.C.D, 26.10.2004/5186-5830; Artuç/Gedikli, a.g.e., s. 25.

bildirmemeyi) isteme unsuru bulunmamaktadır. Cebir ve şiddet, korkutma ve tehdit kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlerdir.

İhmali suçlarda kasttan anlaşılması gereken, failin objektif unsurları bilerek, hareketsiz kalma, hiçbir şey yapmama konusunda karar almasıdır. Ancak failin durumun farkında olarak sadece herhangi bir şeyi yapmak konusunda karar almaması da söz konusu olabilir. Örneğin sağlık mesleği mensubunun bir suç belirtisiyle karşılaşması halinde bunu ihbar etmesi gerektiğini bilmesi fakat ihbar etmemek konusunda karar almaksızın hiçbir şey yapmaması gibi. Bu tip durumlarda öğretideki egemen görüş durumun bilinmesini kast için yeterli görmektedir.²⁴⁵

Hakeri'ye göre ilk olasılıkta fail, tipik durum karşısında ve kendi hareket kabiliyetinin de bilincinde olarak, hareket etmeme kararı (hareketsiz kalma kararı) almaktadır. Örneğin sağlık ocağında çalışan doktor bir trafik kazası sonucu yaralanan kişiyi tedavi ederken, bu durumu ihbar etmesi gerektiğini bilmekte fakat ihbar etmek istememekte, ihbar etmeme kararı almaktadır. Bu olayda isteme ve irade kolaylıkla ayırddedilebilir. İkinci olasılıkta failin hareketsiz kalma hususunda bir kararı ispat edilemeyebilir, ancak fail tipik durumun ve hareket kabiliyetinin bilincinde olarak olayı sadece kendi akışına bırakmış olabilir. Bu halde de sonuç değişmemekte, failin objektif unsurları bilmesi kast için yeterli olmaktadır.²⁴⁶ Bu suçta kast bütün objektif unsurları kapsamalıdır. Bunlar: tipik durum, emredilen hareketin yapılmaması ve somut durumda bireysel hareket yeteneğidir.

²⁴⁵ Nakleden Hakeri, a.g.e., s. 237.

²⁴⁶ Hakeri, a.g.e., s. 239; Askeri Yargıtayın bir kararında "TCK'nın 230. maddesi benzer özel hükümlerin bulunmadığı durumlarda uygulanan, genel ve tamamlayıcı nitelik taşıyan bir düzenlemeyi içermektedir. Bu bakımdan, anılan suçun maddi unsurunu, memurun görevine giren bir işi hiç yapmaması veya geç yapması oluşturmaktadır. Buna karşılık öncelikle memurun bilerek ve isteyerek yaşanan suç saydığı sonuca yönelmesi, yani görevini yerine getirmemesi veya geç getirmesi olgusunu, iradi olarak kasten istemiş olması gerekmektedir. Zira maddi unsurun, ancak manevi unsur olan ihmal kastı ile birleşmesi halinde suç diye tanımladığımız, yasal tipe uygun olgu ve memuriyet görevini ihmal suçu ortaya çıkmaktadır. Bu nedenlerle... bu olgunun ayrıntılı bir biçimde araştırılması ve kastın açık ve net biçimde ortaya konulması ve kesin yargıya varılması gerekmektedir." diyerek kastın isteme ve irade sonucu varolabileceğini vurgulamıştır. As.Yrg.5. D. 21.07.1997, 365/361, Orhan Çelen, **Askeri Ceza Kanunu**, Ankara 1998, s. 535.

2.3.3.1.2. Taksir

Taksir bir kimsenin iradi bir hareketi sonucu öngörülmesi mümkün ve zorunlu olan, fail tarafından istenmeyen sonucun gerçekleşmesidir. Fail, somut olayın özelliklerine ve kişisel durumuna göre yükümlü olduğu ve kendisinden beklenen özen yükümlülüğünü yerine getirmeyen ve bunun sonucu olarak suç tipini gerçekleştirirse taksirden söz edilir.²⁴⁷ Taksirin unsurları:²⁴⁸

- a) Kanunda fiilin taksirle işlenebileceğinin gösterilmiş olması,
- b) Özen yükümlülüğüne aykırılık,
- c) Neticenin objektif olarak öngörülebilir olması,
- d) Objektif isnadiyettir.

Taksirle işlenen fiiller ancak Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 22. maddesinde belirtildiği gibi kanunda açıkça gösterilen hallerde cezalandırılabilir. İradi fiil ise icabi (yapmak) veya ihmali (yapmamak) olarak işlenebilir.²⁴⁹

Bazı yazarlar ihmali suçların taksirle işlenemeyeceğini, zira “bir suçun ihmali sureti ile icra edilebilmesi için failin neticeyi meydana getirmek maksadıyla hareket etmesi”nin gerektiğini, taksirli suçlarda ise neticeyi isteme unsurunun bulunmadığını savunmaktadırlar.²⁵⁰ Buna karşılık ihmali suçların kasten olduğu gibi taksirle de işlenebileceği öğretide kabul edilmektedir. Ancak gerçek ihmali suçların taksirli şekilleri kanunlarda nadiren yer almaktadır.²⁵¹ Taksirli, suç icrai bir hareketle işlenebileceği gibi, ihmali bir hareketle de işlenebilir. Taksirli suçun ihmali bir hareketle işlendiği durumlarda özen yükümlülüğü, gerçek olmayan ihmali suçlardaki garanti yükümlülüğü ile aynı anlama gelmektedir.²⁵²

²⁴⁷ Öztürk/ Erdem, 2005, a.g.e., s. 187.

²⁴⁸ y.a.g.e., s. 187-188.

²⁴⁹ Yrg. 9.C.D., 26.10.2004, 5186-5830; Artuç/Gedikli, a.g.e., s. 25.

²⁵⁰ Erman/Özek (Sahir Erman), **Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, İstanbul 1994, s. 83.

²⁵¹ Hakeri, a.g.e., s. 243-244.

²⁵² Öztürk/ Erdem, 2005, a.g.e., s. 188.

Taksirle işlenen ihmali suçlarda, ihmali hareket ile kastı olmaksızın, ancak öngörülebilir, önlenabilir ve objektif olarak yüklenebilir bir yükseltilmiş tehlike yaratılmakta böylece suç tipi gerçekleşmektedir.²⁵³

Taksir, suçun objektif bütün unsurları bakımından geçerli olabilir. Taksir, failin hareket yükümlülüğünün bulunduğunu görmemesi, tipik durumu hatalı tanınması, yapması gereken hareketi hatalı yürütmesi veya meydana gelmek üzere olan neticeye özen yükümlülüğüne aykırı olarak dikkat etmemesi şeklinde gerçekleşebilir. Öngörülebilirlik ise taksirli ihmali suçlarda, taksirli icrai suçlardan farklı olarak yapılması gereken hareketin yapılmamasından sonra zararın meydana gelmesinin objektif olarak öngörülebilir olması halinde kabul edilebilir.²⁵⁴

Fail elverişsiz bir hareketle neticeyi önlemeye kalktığı takdirde, kastı vardır. Ancak fail, hareketin neticeyi önleyeceğine güveniyorsa kastı yoktur.²⁵⁵ Hastanenin acil servisinde nöbet tutan doktorun, yaralı olarak gelen bir hastayı muayene edip deftere kaydettikten sonra, diğer acil hastalarla ilgilenmeye başladığını, bu esnada yaralı hastanın kimlik bilgilerini kontrol etmediğini ve yaralının da ihbar edilme endişesiyle gerçeğe aykırı bilgiler verdiğini farz edelim. Bu durumda doktor, yaralı ile ilgili bilgileri ve suç işlendiği yönünde tespit ettiği belirtileri, zamanında yetkili makamlara iletmemiş olsa bile yararlıya ait bilgilerin gerçeğe aykırı olmasından dolayı, kanunun amaçladığı suçun failinin yakalanarak cezalandırılması neticesi gerçekleşmeyecektir. Bu durumda ihbar yükümlülüğü doğru biçimde yerine getirilmemiş olacaktır. Kanaatimizce böyle bir durumda suçu bildirmeme suçu taksirle işlenmiş olacaktır

Ancak öğretide birçok yazar bu suçun kasten işlenebilen bir suç olduğunu ve taksirle işlenmeyeceğini savunmaktadır. Bu yazarlara göre taksir, suçun oluşması bakımından yeterli olmadığı gibi bildirmemenin saiki de önemli değildir.²⁵⁶

²⁵³ Gropp'den nakleden Hakeri, a.g.e., s. 243.

²⁵⁴ y.a.g.e., s. 243.

²⁵⁵ Erem, C:III, a.g.e., s. 1364.

²⁵⁶ Malkoç/Güler, a.g.e., s. 1703; Çetin, a.g.e., s. 703; Dönmezer, 1984, s. 147; Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e., s. 808; Arslan/Azizağaoğlu, a.g.e., s. 1124.

2.3.3.2.Beklenebilirlik

Beklenebilirlik şartı aslında ihmalî suçlarda tipikliği sınırlayan bir iç prensiptir. Beklenebilirlik şartı esasen yazılı olmayan bir suç unsuru ise de bütün ihmalî suçlara teşmil edilebilir. Ancak öğretide hareketin beklenemezliğinin, “suçu bildirmeme” gibi bazı gerçek ihmalî suçlarda hareket yükümlülüğünü kaldıracağı savunulmaktadır.²⁵⁷

Suçun oluşabilmesi için yapılması gereken hareketin yapılmasının mümkün olması gerekmektedir. Ancak sadece aktif hareketlerin mümkün olması yeterli değildir, ayrıca failin bu hareketi yaparken ne ölçüye kadar kendi yararlarını tehlikeye veya zarara sokmak zorunda olduğu ele alınmalıdır. Yapılması gereken hareketin yapılmasının mümkün olmamasında olduğu gibi, hareket etmenin somut olayda bir kimseden beklenememesi halinde de, hareket yükümlülüğü olan kimsenin neticenin gerçekleşmemesini sağlamak zorunda olduğundan bahsedilemez. Kişiden harekete geçmesi hukuken talep edilebilmelidir. Bu itibarla hareketin yapılmasının bir kimseden istenemeyeceği, beklenemeyeceği, umulamayacağı hallerde kişi kusurlu değildir.²⁵⁸

Harekete geçmenin faili tehlikeye maruz bırakacağı hallerde hareket etmenin beklenip beklenemeyeceği tartışmalıdır. Bir görüşe göre fail kendisini tehlikeye maruz kılacak olsa da yine de hareket etmekle yükümlüdür.²⁵⁹

Aksi yöndeki anlayışa göre ise hareket faili bir tehlikeye maruz bırakmamalıdır.²⁶⁰ Ancak hareket tehlikeli olduğu takdirde de hareket beklenebilir olabilir. Bu bakımdan yapılması gereken husus kişinin yararı ile gerçekleşme tehlikesi bulunan netice arasında bir tartı (karşılaştırma) yapılmasıdır. Cüzi rizikolarda harekete geçmek beklenebilir. Bununla beraber, ilke olarak vücuda yönelik somut tehlikelerin varlığı halinde hareket etme beklenemez. Başka bir

²⁵⁷ Alm. C.K. 323/c ve Avusturya C.K. 94/III’te yardımın failden beklenememesi halinin bir “mazeret sebebi” olacağı belirtilmektedir. Nakleden Hakeri, a.g.e., s. 249, dn:264

²⁵⁸ y.a.g.e., s. 248.

²⁵⁹ Doğan Soyaslan, **Ceza Hukuku, Özel Hükümler**, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara 1999, s. 146.

²⁶⁰ Erman/Özek, 1994, s. 233.

deyişle kişinin yararlarının esaslı ölçüde zarar göreceği hallerde hareket beklenemezdir.²⁶¹

Küçük bir ilçede muayenehanesi olan doktorun muayenehanesine geç saatte gelen yasadışı örgüt mensuplarının, yanlarındaki yaralının tedavisini doktora yaptırdıktan sonra, doktoru tehdit ederek veya kendisine zor kullanarak yaralıyı ihbar etmemesi için baskı yapmaları halinde, daha önce de belirttiğimiz gibi artık doktorun suçu bildirmemekten dolayı cezalandırılmaması gerektiği kanaatindeyiz. Aynı tehdidin sağlık mesleği mensubunun aile fertlerine karşı yöneldiği hallerde de, sağlık mesleği mensubundan ihbar yükümlülüğünü yerine getirmesinin beklenmemesi gerektiği düşüncesindeyiz.

Nitekim Yargıtay da benzer bir konuda verdiği bir kararda: “*Sanığın suç tarihlerinde, yöredeki terör olayları nedeniyle can güvenliği olmadığı ve bu nedenle ilçe dışındaki yerleşim birimlerine çıkılmadığı biçimindeki savunması ve bunu doğrular biçimdeki İlçe Jandarma Bölük Komutanlığının yazıları değerlendirilip reddedilmeden cezalandırılmasına karar verilmesi*” ni yerinde bulmamıştır.²⁶²

Kendi hayatı tehlikeye girecek olmasına rağmen, harekete geçmenin bir kimseden beklenebildiği haller de vardır. Bunlar önemsiz tehlikeler ile, yükümlülükleri belirli tehlikelerle iç içe olan kimselerdir. Bunların dışındaki insanların kendilerini, aile fertlerini veya akrabalarını cezai kovuşturma ile karşı karşıya bırakması beklenemez. Dönmezer’e göre, failin, kendi yakın akrabasının suçunu ihbar etmemesi, örneğin oğlunun suçunu bildirmemesi halinde ihmali suç teşkil edip etmeyeceği hususunda kanunda açıklık olmamakla birlikte, cürüm işleyenleri ve cürüm delillerini saklamak suçlarını ihtiva eden (765 sayılı TCK’da) 296. maddede “*usul ve fûrunun, karı veya kocasının, yahut kardeşlerinin lehine olarak suçluyu koruma suçunu işleyenlerin takibat mevzu teşkil etmeyecekleri*” açıkça belirtildiğinden bu suç için de aynı durumun geçerli olacağını kabul etmek gerekir. Zira, kanunlar kişileri insan tabiatına aykırı hareketlere zorlayamazlar.²⁶³

²⁶¹ Hakeri, a.g.e., s. 250.

²⁶² 4.C.D.-13.5.1999-4379-5330, Erol, a.g.e., s. 518.

²⁶³ Dönmezer, 1984, s. 147.

Bazı yazarlara göre ise, burada dayanak gösterilmesi gereken hüküm 1982 Anayasasının 38. maddesidir. İlgili maddenin 5.fikrasında “ *hiç kimse kendisini veya kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz*” denilerek, tüm vatandaşlara kendilerinin veya yakın akrabalarından birinin işlediği suçu ihbar mükellefiyeti yüklenmemiştir.²⁶⁴ Evliyaoğlu ise, doktrinde bazı hukukçuların, failin yakın akrabalarından birinin işlediği suçu yetkili makamlara bildirmemesi veya geç bildirmesi eyleminin suç oluşturmayacağını, 765 sayılı TCK’daki 288. ve 296. maddelerde cezayı kaldıran hükümler bulunmasına karşın, daha ağır olan bu fiillerden dolayı ceza görmeyen kimsenin, daha hafif olan suçu ihbar etmeme suçundan dolayı ceza görmesi gerektiğinin savunulamayacağını, nitekim kendi suçunu ihbar etmeyen memurun cezalandırılmayacağına ilişkin ilgili maddede hüküm bulunmamasına rağmen, böyle bir durumda failin cezalandırılmasının düşünülemeyeceğini ifade ettiklerini belirtmektedir.²⁶⁵

Buna karşılık Artuk ise, TCK’nin 288. ve 296. maddelerinde öngörülen cezasızlık kuralının, yasanın düzenlemediği benzer bir olaya genişletilerek uygulanmasının kıyas teşkil edeceğini ve “suç ve cezaların kanuniliği” ilkesinin gereği olarak ceza hukukunda kıyas kabul edilemeyeceğini, ancak 1982 Anayasasının 38/5. maddesindeki hükme dayanılarak faile kendisinin veya yakın akrabalarından birinin işlediği suçu ihbar mükellefiyetinin yüklenemeyeceğini belirterek failin cezalandırılmayacağını savunmaktadır.²⁶⁶

Evliyaoğlu, Artuk’a “suç ve cezaların kanuniliği” ilkesine aykırı olacağından kıyas yolu ile kanunun düzenlemediği benzer bir olaya ceza sorumsuzluğunun uygulanamayacağı konusunda katıldığını, ancak bu cezai sorumsuzluğun Anayasanın 38/5. maddesine dayandırılmasına gerek olmadığını, zira suçu bildirmeme ile ilgili maddede zaten suçun bizzat fail tarafından işlenmesi halinde ihbar yükümlülüğünün

²⁶⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya, 2005, s. 808.

²⁶⁵ Evliyaoğlu, a.g.e., s. 563.

²⁶⁶ Artuk/Gökçen/Yenidünya, 2002, s. 118, 209.

yasada yer almadığını, dolayısıyla bildirmemenin esasen suç oluşturmadığını savunmaktadır.²⁶⁷

5237 sayılı TCK'nın "Suçluyu Kayırma" başlıklı 283. maddesinin 3.fikrasında "Bu suçun üstsoy, altsoy, eş, kardeş veya diğer suç ortağı tarafından işlenmesi halinde, cezaya hükmolunmaz" denilmektedir. Maddenin gerekçesinde bu suçun failinin herkes olabileceği ancak izlenen suç siyaseti gereğince kayırma suçunun konusunu belli akrabalık ilişkisi içinde bulunan kişilerin oluşturması halinde cezaya hükmedilmeyeceği belirtilmiştir.²⁶⁸

Bunun istisnasının ise yakınları korumak için feda edilen yararın çok ağır basması olduğu, örneğin bir ölüm tehlikesinin yada küçük bir çocuğa devamlı kötü muamelede bulunulmasının söz konusu olduğu hallerde ihmali bir tutum takınmanın beklenemeyeceği, aksine icrai hareket yani ihbar etmenin bekleneceği belirtilmektedir.²⁶⁹

Biz de, sağlık mesleği mensubunun yakın akrabasının, suç işlemesi sonucu yaralanarak, tedavi olmak amacıyla, sağlık mesleği mensubuna geldiğinde, bu durumun ihbar edilmemesinin cezalandırılmaması gerektiğini, ancak suçun kendisini savunamayacak durumda olan bir çocuğa, yaşlı bir aile ferdine veya sağlık mesleği mensubunun bir başka yakın akrabasına, örneğin kardeşi tarafından anne veya babasına karşı işlenmiş olması ve tehlikenin büyük olması durumunda, ihbar yükümlülüğünün beklenebilir olması gerektiği düşüncesindeyiz.

²⁶⁷ Evliyaoğlu, a.g.e., s. 563.

²⁶⁸ Noyan, a.g.e., s. 501.

²⁶⁹ Hakeri, a.g.e., s. 251.

2.3.3.3. Yanılma

2.3.3.3.1. Neticeyi önleme olanağında yanılma

Bu tip bir yanılma iki şekilde söz konusu olabilir; ilkinde failin neticeyi gerçekleştirmiş sanması, ikinci olarak da hareket olanağının bulunmadığını sanması. Her iki olasılıkta da kastın kalkacağı kabul edilmektedir.²⁷⁰

Ancak bazı yazarlar hareket olanağının bulunmaması ile ilgili ikili bir ayrım yapmaktadırlar. Emri yerine getirme teşebbüsünün başarısızlığa uğraması ve böyle bir teşebbüs söz konusu olmaksızın hareket yeteneği hususunda yanılma.²⁷¹

Emri yerine getirme teşebbüsünün başarısızlığa uğramasında, fail emri yerine getirme eğilimindedir, ancak mevcut neticeyi önleme olanağını görmemektedir. Örneğin suç ihbarla yükümlü olan köy ebesi amirine ihbarı telefon hatları bozuk olduğu için posta yoluyla yaptığı için ihbar geç ulaşmakta, neticeyi önleyememektedir. Burada kastın olmamasından önce, esasen zaten tipik, norma aykırı bir davranış yoktur. Buna karşılık ihbarla yükümlü kişi hiçbir şey yapmazsa, o takdirde kast söz konusu olabilir. Fail neticeyi potansiyel olarak önleyebilecek olmasına rağmen, hiçbir şey yapmazsa emre aykırı ve kasten davranmış olur. Zira neticeyi kendi ihmali ile meydana getirdiğinin bilincindedir.

2.3.3.3.2. Emir Yanılması

İhmali suçlarda icrai suçlardaki hukuksal yanılmaya eşdeğer bir emir yanılması, fail kendi hareket yükümlülüğü hususunda hataya düştüğü takdirde söz konusu olur. Fail kendisinin hareketsiz kalmasının maddi hukuka aykırılığını sonuçlayan bir emir normunu tanımaz, bilmez. İhmali suçlardaki emir yanılması hukuka aykırılığı ilgilendirmektedir. Zira gerçek ihmali suçların unsuruna sadece tipik durum dahil olup, ondan doğan hareket yükümlülüğü ise dahil değildir.²⁷²

²⁷⁰ Vogel'den nakleden, Hakeri, a.g.e., s. 255.

²⁷¹ Kaufmann'dan nakleden, Hakeri, a.g.e., s. 255.

²⁷² Jescheck/Weigend'den nakleden Hakeri, s. 256.

Bir hareketin yasaklanması kişiyi, onu ihmal etmekle yükümlü kılmakta, belli bir hareketi ihmal etme yasağı ise kişiyi onu yapmakla yükümlü kılmaktadır. Her iki yükümlülük de tipikliğe dahil değildir. Gerçek ihmali suçun tipikliğine de yasaklanan ihmalin dışında sadece ceza kanununda tarif edilmiş olan olay dahildir, örneğin suçu “bildirme” gibi. Ama bizzat hukuksal yükümlülük tipikliğe dahil bir unsur değildir.²⁷³

Doktrinde bazı yazarlar tarafından, suçun ön şartlarında yanılma bulunduğu hallerde, mesela failin, suçun görevi ile ilgili olmadığını ya da fiilin suç teşkil edip etmediğini veya sonraki bir kanunla suç olmaktan çıktığını zannetmesi ve bu sebeplerle ihbarda bulunmaması halinde, bilmemenin ve yanılmanın hukuki nitelikte olduğu ve kastı ortadan kaldırmayacağı kabul edilmektedir. İhbarın yapılacağı mercie ilişkin yanılma ise fiili niteliktedir. Fiili yanılma kastı kaldıracağından yanlış mercie ihbarda bulunan kişi cezalandırılmaz.²⁷⁴

2.3.3.4. Nedeninde Serbest İhmal

“Actio libera in causa” kuralı, “Ommisio libera in causa” şeklinde ihmali suçlarda da geçerlidir. Bu itibarla kendini kusurlu olarak hareket edemeyecek duruma getiren kimse ceza almaktan kurtulamaz. Örneğin öğrendiği suçu ihbar etmemek için sarhoş olmak gibi. Ancak burada “actio libera in causa”dan farklı olarak fail sadece kusur yeteneğini değil, hareket yeteneğini de kaybetmektedir. Öğretide bazı yazarlara göre, esas olan failin beklenen hareket yerine yaptığı hareketi iradi olarak yapıp yapmadığıdır. Eğer bu hareketi isteyerek yapıyorsa ihmal de iradidir.²⁷⁵

2.4.HUKUKA AYKIRILIK

İhmali suçlarda hukuka aykırılığın pratik önemi icrai suçlara nazaran oldukça azdır. İhmali suçlarda neticenin önlenmemesi ile suç gerçekleşmiş olur ve bu haliyle

²⁷³ Hakeri, a.g.e., s. 256.

²⁷⁴ Malkoç/Güler, a.g.e., s. 1703; Çetin, a.g.e., s. 703.

²⁷⁵ Hakeri, a.g.e., s. 258.

de bir hukuka uygunluk nedeni söz konusu olmadığı müddetçe fiil hukuka aykırıdır. Ancak ihmali suçlarda özellikle yükümlülüklerin çatışması uygulama alanı bulabilir. Yükümlülüklerin, yani görevlerin çatışması, hukuka uygunluk sebebi olarak sadece ihmale mahsustur.²⁷⁶ Erman/Özek'e göre, ihmalin daha önemli bir başka görevin yerine getirilmesi zorunluluğundan doğması halinde, ihmal ve gecikmenin hukuka aykırı olmadığını kabul etmek gerekir.²⁷⁷ Kanunda düzenlenmemiş bulunan bir hukuka uygunluk sebebi olan yükümlülüklerin çatışması genel olarak tanınmaktadır.

Yükümlülüklerin çatışmasında fail açısından en azından iki hareket yükümlülüğü söz konusu olmakta fakat, fail bunlardan ancak birini yerine getirebilmektedir ve böylece bir diğer yükümlülüğü ihlal etmektedir. Ancak bu durumda fiilin hukuka aykırılığı söz konusu olmayabilir. İnsanların iki yükümlülüğü birden yerine getirmeleri mümkün olamayacağından, hukuk düzeni sadece bir yükümlülüğün yerine getirilmesiyle yetinmek durumundadır.²⁷⁸

Hakeri'ye göre, failin daha üst derecede bir yarar için tercihini kullanması halinde, ağır basan yararın korunmasından söz edilir. Buna karşılık eşit derecede olan görevlerin mevcudiyeti halinde ise, bu görevlerden birinin yapılması yeterlidir. Hukuk düzeninin bundan fazlasını istemesi söz konusu olamayacağına göre failin davranışı hukuka uygundur.²⁷⁹

2.4.1. İhbar Yükümlülüğünün Meslek Sırrının Açıklanmaması Yükümlülüğü ile Birlikte Değerlendirilmesi

Eski (765) TCK'nın 198. maddesinde düzenlenmiş olan meslek sırrının açıklanması suçuna karşılık olarak yeni (5237) TCK'nın "Özel Hayatın Gizliliğini İhlal" başlıklı 134. madde gösterilmektedir. Yeni (5237) TCK'nın 134. maddesi Anayasanın 20/1. maddesinde yer alan genel ve soyut "özel yaşam" deyimini kullanmış; ancak özel yaşamın ne anlama geldiği konusunda bir tanım yapmamıştır.

²⁷⁶ Hakeri, a.g.e., s. 258-259.

²⁷⁷ Erman/Özek, 1992, s. 181.

²⁷⁸ Nakleden Hakeri, a.g.e., s. 259.

²⁷⁹ Kühl'den nakleden Hakeri, a.g.e., s. 259.

Yeni (5237) TCK'nın 134. maddesinin 1. fıkrası ile, kişilerin özel hayatının gizliliğinin ihlal edilmesi suç sayılmış ve ihlalin “görüntü veya seslerin kayda alınması yoluyla” gerçekleşmesi suçun nitelikli hali olarak öngörülmüştür. Buna karşılık 134. maddenin 2. fıkrası ihlal edilen özel hayata ilişkin ses veya görüntünün “ifşa edilmesini” ayrıca cezalandırma yoluna gitmiştir.²⁸⁰

Oysa eski (765) TCK'nın 198. maddesinde “ Bir kimsemeslek ve sanatı icabı olarak ifşasında zarar melhuz olan bir sırda vakıf olup...” denmektedir. Burada bir sırrın varlığı, bu sırrın bir meslek veya sanat icabı öğrenilmiş olması ve haklı bir sebep olmaksızın ifşa edilmesi söz konusudur. Ancak sırrın öğrenilmesi bir meslek ve sanatın verdiği hak ve yetkiye dayanarak ve kişinin rızası ile gerçekleşmektedir. Her ne kadar bir sırrı, sır sahibinin özel hayatının bir parçası olarak nitelendirmek mümkün olsa da, özel yaşamın gizliliğine müdahale oluşturan her türlü davranışın, herhangi bir hak ve yetkiye dayanmaksızın ve kişinin rızası dışında yapılması halinde yeni (5237) TCK'nın 134. maddesindeki suçu oluşturacağını²⁸¹ göz önünde bulundurursak, yeni (5237) TCK'daki 134. maddeyi, eski (765) TCK'daki 198. maddenin tam karşılığı olarak kabul etmenin mümkün olamayacağı düşüncesindeyiz. Bununla birlikte meslek sırrının açıklanmasını suç olarak kabul eden özel bazı düzenlemeler mevcuttur.

Hekimlik Meslek Etiği Kurallarının 9. maddesinde Sır Saklama Yükümlülüğü başlığı altında “*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 zedelememesi 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 çağrıldığında olayın

²⁸⁰ Tezcan/ Erdem/ Önok, a.g.e., s. 375.

²⁸¹ Tezcan/ Erdem/ Önok, a.g.e., s. 376-377.

meslek sırrı olduğunu söyleyerek bu görevinden çekinebilir.” denilerek meslek sırrının saklanması düzenlenmiştir.

Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 4. maddesinde *“Tabip ve diş tabibi meslek ve sanatlarının icrası vesilesi ile muttali olduğu sırları, kanuni mecburiyet olmadıkça ifşa edemez; tıbbi toplantılarda takdim edilen veya yayınlarda bahis konusu olan vakalarda, hastanın hüviyeti açıklanamaz.”*denilmiştir.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 5. maddesinin (f) fıkrasında *“Kanun ile müsaade edilen haller ile tıbbi zorunluluklar dışında hastanın özel hayatının ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.”*, 20. maddesinde *“Bilgi verilmesini yasaklama”* başlığı altında *“İlgili mevzuat hükümlerine ve hastalığın mahiyetine göre yetkili mercilerce alınacak tedbirlerin gerektirdiği haller dışında; hasta sağlık durumu hakkında kendisine veya ailesine veya yakınlarına bilgi verilmemesini isteyebilir.”* 21. maddesinde *“ Mahremiyete saygı gösterilmesi”* başlığı altında *“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 içinde yürütülmesini,*
- b- *Muayenenin, teşhisin, tedavinin ve hasta ile doğrudan teması gerektiren diğer işlemlerin makul bir gizlilik ortamında gerçekleştirilmesini,*
- c-
- d- *Tedavisi ile doğrudan ilgili olmayan kimselerin, tıbbi müdahale sırasında bulunmamasını*
- e- *Hastalığım mahiyeti gerektirmedikçe hastanın şahsi ve ailevi hayatına müdahale edilmemesini,*
- f- *Sağlık harcamalarının kaynağının gizli tutulmasını kapsar. Ölüm olayı mahremiyetin bozulması hakkını vermez”*

23. maddede “Bilgilerin gizli tutulması” başlığı altında “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 amacıyla yapılan faaliyetlerde de hastanın kimlik bilgileri, rızası olmaksızın açıklanamaz.” denilerek sır saklama yükümlülüğü ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Sağlıkla ilgili birçok uluslararası belgede de meslek sırrını saklama yükümlülüğü açıkça düzenlenmiştir.²⁸²

²⁸² Dünya Tabipler Birliği'nin 2. Genel Kurulu'nda Eylül 1948'de benimsenen Cenevre Bildirgesi'ndeki mesleki bağlılık yemininde “*Bana verilmiş olan sırlara, hastanın ölümünden sonra bile saygı göstereceğim.*”

Dünya Tabipler Birliği'nin 3. Genel Kurulu'nda 1949'da Londra'da kabul edilen Hekimlik Ahlâkı Uluslar arası Yasası'nda “*Hekim, hastanın ölümünden sonra bile, hasta hakkında bildiği her şeyle ilgili bütün gizliliği sürdürecektir.*”

17. Dünya Tabipler Birliği Genel Kurulu'nda 1963'de New York'da kabul edilen “Bütün Ulusal Bakım Sistemleri İçin Sağlık Bakımı Sunulmasında Oniki İlke'nin VI.sında “*Hekim-hasta ilişkisinin gizlilik yönü, hastanın tedavisinin ve daha sonraki kontrollerinin her evresinde bulunan herkes tarafından kabul edilmeli ve gözetilmelidir. Yetkililer bu konuya gerekli saygıyı göstermelidirler*”

27. Dünya Tabipler Birliği'nin Genel Kurulu'nda Eylül 1973'de Münih'te kabul edilen Bilgisayarın Tıpta Kullanılışına İlişkin Duyuru'da:

(1) “*Ulusal tıp birlikleri hastaları ile ilgili bilgilerin kişiselliğini, güvenliğini ve gizliliğini sağlamak için olası bütün adımları atmalıdırlar.*”

(2) *Ulusal hekim birlikleri, elektronik bilgi işlemlerine ilişkin olarak, hastaların kişisellik, güvenlik ve gizlilik haklarını zedeleyebilecek ya da ortadan kaldıracabilecek bir yasa çıkarmaya yönelik herhangi bir çabaya karşı çıkmalıdırlar.*”

34. Dünya Tabipler Birliği'nin Genel Kurulu'nda Eylül 1981'de Lizbon'da kabul edilen Hasta Hakları ile ilgili Lizbon Bildirgesi'nde “*d) Hastanın, kendisiyle ilgili tıbbi ve kişisel bilgilerin gizliliğine gereken saygıyı göstermesini hekimden beklemeye hakkı vardır.*”

1991'de Malta'da toplanan 43. Dünya Tıp Kongresi'nde kabul edilen Açlık Grevleri Konusunda Malta Bildirgesi'nde “*Giriş-3- Bir hekim açlık grevcisinin bakımını üstlendiği andan itibaren o kişi hekimin hastası olur. Bu durumda hasta-hekim ilişkisindeki tüm uygulama ve sorumluluklar, karşılıklı güven ve gizlilik de dahil olmak üzere geçerlidir.*”

(3). *Hekim açlık grevindeki kişiyi her gün kontrol ederek greve devam etmeyi isteyip istemediğini saptar. Aynı zamanda doktor günlük olarak hastayı ziyaret ederek bilinç kaybı durumunda tedavinin*

Doktrinde birçok yazar ihbar yükümlülüğünün, sır saklama yükümlülüğünün bir istisnası olduğunu ve bildirimde bulunmanın sır saklama yükümlülüğüne aykırılık teşkil etmeyip hukuka uygunluk sebebi olacağını kabul etmiştir.²⁸³

ne olacağına ilişkin hastanın isteğini öğrenir. Bütün bu gelişmeler, hekim tarafından kaydedilir ve gizliliğinden hekim sorumludur.”

34. Dünya Tabipler Birliği'nin 2. Genel Kurulu'nda 1981 yılında Lizbon'da kabul edilen Spor Hekimliği'nde Sağlık Bakımının İlkelerine İlişkin Bildirge'nin 10. maddesinde *“Hekimliğin bütün öteki dallarında olduğu gibi, spor hekimliğinde de kişiye ait bilgilerin gizliliğine özen gösterilmelidir. Özellikle profesyonel sporcu ve atletlerin tıbbi bakıma yönelik gizlilik hakkı korunmalıdır.”*

39. Dünya Tabipler Birliği'nin 2. Genel Kurulu'nda 1997 yılında Madrid'te kabul ettiği In Vitro Döllenme ve Embriyo Transplantasyonu Bildirisi'nde *“Hastalar herhangi bir tıbbi tedavide olduğu şekilde gizlilik ve özel hayata saygıyı görmelidirler”*

Yine 39. Dünya Tabipler Birliği'nin 2. Genel Kurulu'nda 1997 yılında Madrid'te kabul edilen AIDS'le ilgili Dünya Tabipler Birliği Geçici Bildirgesi'nde:

“(7). Hasta bilgisine erişim, hastaya yardım etmek veya hasta ile yakından ilgili sağlığı korumak konusunda yasal hakka sahip tıbbi bakım personeli ile sınırlı olmalıdır. AIDS hastaları ve taşıyıcılarının kimliği toplumun sağlığı aksini gerektirmediği sürece açıklanmadan sakınılmalıdır.

(8). Hasta bilgisinin gizliliğinin büyük oranda korunması mümkün iken, enfekte bireyin şüphe taşımayan cinsel eşini uyarmak için bir yöntem belirlenir. Yöntem, risk altındaki bireyleri uyarmak için profesyonel zorunluluk taşıyan hekime yeterli yasal koruma gücünü vermemelidir.”

Dünya Tabipler Birliği'nin 44. Genel Kurulu'nda 1992'de Marbella'da HIV Epidemisi ile Ortaya Çıkan Konularla İlgili Bildirge'de *“ hasta tıbbi bilgisinin gizliliği,”* yine aynı genel kurulda İnsan Genomu Projesi ile ilgili Bildirge'de *“kapsamlı bilgi hasta veya yasal vekiline verilmelidir. Tıbbi gizlilik korunmalı ve bilgiler onay alınmadan üçüncü bir şahsa aktarılmamalıdır. Hastanın aile üyeleri risk altında olsa bile, ciddi bir zarar olmadıkça ve bu zarar bilgiyi saklayarak önlenemediği sürece korunmalıdır; gizlilik ancak hastayı bu bilgileri kendi başına aktarmaya ikna etme çabaları başarısız olduğunda son çare olarak çığnenebilir; bu durumda bile ilgili genetik bilgi gizli tutulmalıdır. Bilginin üçüncü bir şahsa açıklanması veya kişisel genetik verilere erişim hastanın yazılı onayı dahilinde uygulanmalıdır.”*

49. Dünya Tabipler Birliği'nin Genel Kurulu tarafından 1997'de Hamburg'da kabul edilen Sağlık Bakımında Devamlı Kalite Geliştirme Konusu'nda Ana Hatları Belirleyen Bildirge'de Hasta Kayıtlarının Gizliliği başlığı altında (13. madde) *“Hasta kayıtları kalite değerlendirmesinde kullanılabilir. Kalite değerlendirmesinde kayıtların kullanılacağı hastalara haber verilmelidir. Tıbbi kayıtlar gizli tutulmalı ve ortak kullanım şekline sokulmamalıdır ve uygun olmayan kişilerin erişemeyeceği halde tutulmalıdır. Tüm raporlar, fotoğraflar, video görüntüleri ve karşılaştırmalı veriler ilgili hastanın bir değerlendirme içerisinde belirlenemeyeceği bir şekilde sunulmalıdır.”*

Dünya Tabipler Birliği'nin Silahlı Çatışma Dönemlerine İlişkin Kuralları'nda Silahlı Çatışma Dönemine İlişkin Yönerge'nin 5. maddesinde *“ Mesleki uygulama sırasında tıbbi gizlilik, hekim tarafından korunmalıdır.”*; Hasta ve Yaralıların Özellikle Çatışma Sırasındaki Bakımlarını Düzenleyen Kuralların 3. maddesinde *“Tıbbi görev ve sorumlulukların yerine getirilmesi hiçbir koşulda suç sayılmayacaktır. Hekim, hiçbir zaman mesleki gizliliği gözetmesi nedeniyle kovuşturulmayacaktır.”*

UNESCO 29. Genel Konferansı İnsan Genomu ve İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nde (1997) 7. maddede *“Araştırma veya başka amaçla, kimliği bilinen bir kişi hakkında derlenen genetik bilgiler yasa tarafından belirlenen koşullarda gizli tutulacaktır.”* denilmektedir. Türk Tabipler Birliği, **Sağlıkla İlgili Uluslararası Belgeler**, TTB Yayınları, Haziran 1998.

²⁸³ Koç/Yorulmaz, a.g.e., s. 50, Tezcan/Erdem, a.g.e., s. 117; Çağlayan, a.g.e., s. 497; Gözübüyük, C:2, a.g.e., s. 599; Görgün, 2.Cilt a.g.e., s. 333; Büyükay, a.g.e., s. 388; Savaş/Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 2304.

Ancak o dönemde yürürlükte olan eski (765) TCK'nın 530. maddesinde hekimlerin tedavi için kendilerine müracaat eden kimselerin aleyhine suç işlendiğine şahit olmaları halinde bunu yetkili mercilere bildirmek zorunda oldukları, ihbar kendisine yardım ettikleri kimseyi takibata maruz bırakacaksa bu durumda ihbar yükümlülüğü bulunmadığı düzenlenmiştir. Bazı yazarlara göre ancak şahıs aleyhine işlenen suçlarda ihbar yükümlülüğü bulunması, bunun dışındaki suçlarda ihbar yükümlülüğü bulunmaması anlamına gelmektedir.²⁸⁴

Oysa yeni (5237) TCK'nın 280. maddesinde düzenlenen suçu bildirmeme suçunda böyle bir sınırlama bulunmamaktadır. Bu durumda ihbarı gereken suçun faili ve mağduru açısından sırrın ifşasının sonuçlarını değerlendirmek gerekecektir.

Bizim de görüşlerine katıldığımız Korur Fincancı/Yorulmaz'a göre, ulusal hukukun parçası olmasa bile, bütün sağlık çalışanları ahlâki olarak profesyonel meslek kuruluşlarının koyduğu standartlara uymakla yükümlüdürler, ahlâken bu kurallara bağlıdırlar. Makul bir mazereti olmadan mesleki standartlara uymaz, bu standartlardan saparlarsa yetkilerini kötüye kullanmaktan suçlu bulunurlar. Sağlık çalışanlarının çifte yükümlülükleri vardır; hasta kişinin yararını gözetmek gibi temel bir ödevin yanı sıra topluma karşı adaletin yerine getirilmesi ve insan hakları ihlallerinin engellenmesini sağlamakla da görevlidirler. Etik ile hukukun çeliştiği durumlarda ikilemler ortaya çıkar. Sağlık çalışanlarının etik yükümlülükleri nedeniyle belli bir yasaya, örneğin hasta hakkında gizli tıbbi bilgilerin açıklanması gibi yasal yükümlülüğe uymamalarını gerektiren durumlar olabilir. Ulusal ve uluslararası etik ilkelerle ilgili açıklamalarda, hukuk da dahil olmak üzere diğer zorunluluklar nedeni ile sağlık çalışanlarının tıbbi etiğe ve vicdanlarına aykırı davranmaya zorlanamayacakları konusunda yaygın bir uzlaşma mevcuttur. Sağlık çalışanları bu tür durumlarda, temel etik kuralları tehlikeye atmaktan ya da hastaları

²⁸⁴ Hancı, a.g.e., s. 173-174; Erdener Yurtcan, **Türk Hukukunda Kürtaj ve Uygulaması**, 2. Bası, İstanbul 1990, s. 93.

ciddi tehlikeye maruz bırakmaktansa, hukuka ya da yasal düzenlemeye uymayı reddetmelidirler.²⁸⁵

2.4.1.1.Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçu

Yeni (5237) TCK'nın 99. maddesinde çocuk düşürtme suçu, 100. maddesinde çocuk düşürme suçları düzenlenmiştir.²⁸⁶

Hamile bir kadının çocuğunun düşmesi veya düşürtülmesi özellikle gebelik haftasının büyüklüğü ile orantılı olarak anne hayatını riske atan tehlikeli bir durumdur. Uygun tıbbi koşullarda ve uzman hekim tarafından gerçekleştirilmeyen müdahalelerde bu risk, kan kaybı ve enfeksiyonlar sebebiyle daha da artmakta ve annenin ölümüne sebep olabilmektedir. Toplumumuzda istenmeyen gebelikler, sadece evlilik dışı ilişkiler, ensest ilişkiler ve istenmeyen cinsel saldırı sonrası oluşmayıp, bir evlilik birliği içinde fakat planlanmamış gebelikler şeklinde de ortaya çıkabilmektedir. Yurtcan'a göre 1990 yılı öncesinde yapılan bir araştırmaya göre Türkiye'de yılda yaklaşık 500.000 kadının çocuk düşürme teşebbüsünde buldukları ve bunlardan 10.000'inin bu nedenle öldüğü ya da ağır biçimde

²⁸⁵ Şebnem Korur Fincancı / Coşkun Yorulmaz, "Beden Muayenesi", s. 142-146, in **Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi**, Editörler: Gürsel Çetin/Coşkun Yorulmaz, İstanbul 2006, s. 142-143.

²⁸⁶ **Madde 99-** (1) *Rızası olmaksızın bir kadının çocuğunu düşürten kişi, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

(2) *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 düşürtülmesine rıza gösteren kadın hakkında bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.*

(3) *Birinci fıkrada yazılı fiil kadının beden veya ruh sağlığı bakımından bir zarara uğramasına neden olmuşsa, kişi altı yıldan oniki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır; fiilin kadının ölümüne neden olması halinde, onbeş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*

(4) *İkinci fıkrada yazılı fiil kadının beden veya ruh sağlığı bakımından bir zarara uğramasına neden olmuşsa, kişi üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır; fiilin kadının ölümüne neden olması halinde, dört yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*

(5) *Rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftayı doldurmamış olan bir kadının çocuğunun yetkili olmayan bir kişi tarafından düşürtülmesi halinde; iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan diğer fiiller yetkili olmayan bir kişi tarafından işlendiği takdirde, bu fıkralara göre verilecek ceza, yarı oranında artırılarak hükmolunur.*

(6) *Kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması halinde, süresi yirmi haftadan fazla olmamak ve kadının rızası olmak koşuluyla, gebeliği sona erdirene ceza verilmez. Ancak, bunun için gebeliğin uzman hekimler tarafından hastane ortamında sona erdirilmesi gerekir.*

yaralandıkları veya sakat kaldıkları ileri sürülmektedir.²⁸⁷ Çocuk düşürtme ve düşürme suçları ile ilgili olarak yeni (5237) TCK'daki 99 ve 100. maddeler değerlendirildiğinde, sağlık mesleği mensubunun bu suçlarla ilgili bir belirtiye rastlaması ve durumu ihbar etmesi halinde, çocuğu düşürenin hamile kadının kendisi olması durumunda bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılabilir. Bu durumda çocuğunu düşürme teşebbüsünde bulunan kadın ihbar edileceği ve cezalandırılacağı korkusuyla hekime veya sağlık personeline başvurmaktan kaçınacak ve bu sebeple uygun olmayan koşullarda düşük yapmış olacağından hayatı tehlikeye girecek belki de ölebilecektir.

Yeni TCK'nın 99. maddenin 6. fıkrasında bir suç sonucu gebe kalan kadının, süresi yirmi haftadan fazla olmamak ve kadının rızası olmak koşuluyla gebeliğinin sona erdirilmesi fiilinin cezalandırılmayacağı düzenlenmiştir. Ancak kanaatimizce bu düzenlemede yeni TCK'daki 280. madde ile çelişen bir durum mevcuttur. Gebeliği yirmi haftadan az olan kadın, gebeliğinin sonlandırılması için bir Kadın Hastalıkları ve Doğum Uzmanına başvurduğunda 280. maddeye göre hekimin bu kadının bir suçun mağduru olduğunu görerek ihbarda bulunması gerekecektir. Bu durumda iki sorun ortaya çıkmaktadır. Kadın eğer gebeliğini sonlandırabilmek için bir suçun mağduru olduğunu gizlerse ve gebeliği on haftadan fazla ise uzman hekim, kendisinin gebeliğini sonlandırırorsa 99. maddenin 2. fıkrasına göre suç işlemiş olacaktır. Aynı şekilde hamile kadının kendisi de cezalandırılacaktır.

İkinci ihtimalde eğer kadın bir suçun mağduru olduğunu açıklar ve hekim de bu durumu ihbar ederse, suçun faili evlilik dışı ilişki yaşamış bir kişi ise bu durumda toplumumuzda sıkça görülen töre cinayetleri ile karşılaşma riski ortaya çıkacaktır. Bununla birlikte, bir suçun mağduru olduğu iddiasında bulunan kadının beyanının doğru olup olmadığının bilinmesinin (doktora gelindiğinde suç izlerinin artık bulanmayacağı göz önünde bulundurulduğunda) mümkün olamayacağı açıktır. On ila

Madde 100- (1) *Gebelik süresi on haftadan fazla olan kadının çocuğunu isteyerek düşürmesi halinde, bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.*

²⁸⁷ Yurtcan, 1990, s. 21; Türkiye Nüfus ve Sağlık Araştırmaları 1993 yılı verilerine göre isteğe bağlı düşüklerin (abortus) % 58'i başka çocuk istenmemesi sebebiyle, % 8'i bir önceki gebeliği üzerinden çok kısa süre geçmiş olması nedeniyledir. Hafize Öztürk, "Abortus ve Etik Sorunlar", s. 75-84, **Etik Bunun Neresinde!**, Ankara Tabip Odası Yayınları, Ankara 1997, s. 77

yirmi hafta arasında olan, istenmeyen bir gebeliği sonlandırmak üzere kişinin böyle bir yalan beyanda bulunması ihtimali hiç de az değildir.

Her iki ihtimalde de kadın daha da mağdur duruma düşecek ve kanunun aslında mağdurun zararını hafifletmek amacıyla yaptığı düzenleme amacına ulaşmayacak, aksine mağdur olan kadını ikinci kez mağdur edecektir.

Bir başka örnekle açıklayacak olursak cinsel istismar ve ensest ilişki sonucu gebe kalan onbeş yaşını doldurmamış çocuk, gizlice uzman hekime gidip gebeliğini sonlandırma talebinde bulunur ve uzman hekim bu durumu ihbar ederse, mağdure için yeniden aynı aile içine geri dönmek ve yaşamını hiçbir şey olmamış gibi sürdürmek imkanı kalmayacak, aksine suçun failini bildirdiği için ailenin diğer bireyleri tarafında da cezalandırılma yoluna gidilebilecektir.

Benzer olaylarla ilgili olarak Yargıtay'ın bir kararı²⁸⁸ şöyledir: Bir olayda kız çocuğu babası tarafından ırzına geçilmek suretiyle gebe bırakılmıştır. Baba kızına çocuğu aldirmayı teklif etmiş, kız bunu reddetmiştir. Bunun üzerine baba kızını dövmüş, karnını ve bel nahiyesini tekmelemiştir. Bu olaydan birkaç gün sonra kız, çocuğunu düşürmüştür. Kız olayı geç ihbar etmiştir. Olayda esas mahkemesi kız da çocuk düşürme suçundan mahkûm etmiştir. Çünkü mahkeme kızın fiile rıza gösterdiği kanaatindedir. Yargıtay kararı bozmuştur. Yüksek Mahkemenin gerekçesi, olayda kızın gerçekten rıza gösterip göstermediğinin tespiti noktasında toplanmaktadır. Yargıtay'a göre, bu konuda sonuca ulaşmak için, failin aynı zamanda düşen çocuğa vücut veren cinsel birleşmenin tarafı olduğunun ve kızın babası bulunduğu, ayrıca aile içi ilişki nedeniyle kızın derhal ihbarda bulunmasının mümkün olamayacağının göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

Kanaatimizce yukarıda örneklerle açıklamaya çalıştığımız bu tür durumlarda sağlık mesleği mensubunun ancak belirli koşullarda ihbar yükümlülüğü olmalı, bunun dışındaki hallerde meslek sırrının saklanması, hem mağdurun korunması açısından hem de çocuğunu düşürme teşebbüsünde bulunan, suçun hem faili hem de

²⁸⁸ Yurtcan, 1990, s. 79-80.

mağduru olan kadının korunması açısından zorunlu olup yükümlülüklerin çatışması olarak değerlendirilmeli ve bir hukuka uygunluk sebebi sayılmalıdır. Ancak çocuk düşürme ve düşürtme suçlarında, mağdur suçu ihbar etmek istediği halde baskı ve tehditten ya da olayın duyulması sonrası kendisine gelebilecek tehlikeden korkuyorsa, sağlık mesleği mensubu yine kişinin sırrını ifşa etmeden sadece bu konuda çözüm sağlayabilecek kuruluşlarla görüşüp, kişiye barınabileceği ve tehlikelerden korunacağı bir yer sağlandığı takdirde bu suçu yetkili makamlara ihbar etmelidir. Aksi takdirde suçun mağdurunu, suçu ihbar ederek daha büyük bir tehlikenin içine atmış olacaktır.

2.4.1.2. Cinsel İlişki Yoluyla Başkasına HIV ve benzeri Hastalıkları Bulaştırma

AIDS'in (Edinilmiş immün yetersizlik sendromu) ilk tanımlandığı 1981 yılından itibaren vaka sayısı hızla artmaktadır. Tüm dünyada 50 milyondan fazla insan HIV ile enfekte durumdadır. Halen günde 16.000 yeni HIV-pozitif hasta (6 milyon/yıl) eklenmektedir. 1998'de AIDS tüm dünyada en fazla ölüme neden olan dördüncü hastalık olarak saptanmıştır.²⁸⁹

Türkiye'de Birleşmiş Milletler AIDS Komisyonu'nun 2003 raporuna göre, Sağlık Bakanlığı'nca kayıtlı olarak gösterilen 160 AIDS'li hasta bulunmakta ancak gerçekte bu rakam 14.000 olarak tahmin edilmektedir.²⁹⁰

Türkiye'de ve dünyada HIV ve buna bağlı olarak AIDS'in giderek yayılması hukuk alanında bu konuyla ilgili yeni sorunları gündeme getirmiştir. AIDS hastalığının bulaşma yolunun % 90'nını cinsel temas oluşturmaktadır. Kişi HIV aldıktan sonra hemen AIDS hastalığı ortaya çıkmayıp yıllarca (2-7 yıl) sessiz devam edebilir ancak bu esnada bulaştırıcılık devam etmektedir.²⁹¹ Bazı yazarlara göre bu

²⁸⁹ **Tanı ve Tedavi**, Cilt:1, Editörler: Murat Dilmener/ Yavuz Bozfakıoğlu/ Ünal Değerli, 6. Baskı, İstanbul 2003, s. 7.

²⁹⁰ Mustafa Ruhan Erdem, "Cinsel İlişki Yoluyla Başkasına HIV Bulaştırmanın Cezalandırılabilirliği Sorunu, s. 73-91, **AÜHFD**, C:VIII, S:1-2 (2004), s. 73, dn:1.

²⁹¹ **Tanı ve Tedavi**, Cilt:1, s. 8.

süre 10 yıl hatta 19-20 yıla kadar uzayabilmektedir.²⁹² Hastalığın ortaya çıkmadığı bu dönemlerde bile HIV taşıyıcısı ile cinsel ilişkiye girilmesi, zorunlu olarak HIV'in bulaşması ve bunun sonucu olarak bir süre sonra partnerinin ölmesine sebep olmaktadır. Bu açıdan değerlendirildiğinde cinsel ilişki sonucu HIV'in başkasına bulaştırılması yeni (5237) TCK'nin 86. maddesine göre sağlığı bozma sayılacağı için kasten yaralama, eğer korunmalı cinsel ilişki söz konusu ise failin yaralama kastı bulunmayacağından yeni (5237) TCK'nin 89. maddedeki taksirle yaralama suçu söz konusu olacaktır.²⁹³

Benzer şekilde Hepatit B,C ve Delta gibi bazı virüslerle meydana gelen akut karaciğer iltihabı (hepatit) bilinç bozuklukları ve komaya kadar giden ağır karaciğer yetmezliği ve ölümle sonuçlanabilir. Bu virüsler de kan yolu ve cinsel yolla bulaşır. B,C ve Delta virüsleri kronik hepatitlere ve karaciğer sirozuna yol açabilirler. Fulminan hepatitte etkin bir tedavi yöntemi yoktur ve ölüm oranı % 85 gibi oldukça yüksek bir orandır. Türkiye'de Hepatit B (Hbs Ag) taşıyıcılığı % 8-10 arasındadır. Yukarıda AIDS'in cinsel ilişki sonrası başkalarına bulaştırılması sonucu oluşacak suçlar Hepatit B, C ve Delta için de geçerlidir.

5237 sayılı TCK'nin 86. maddesi kasten, 89. maddesi ise taksirle yaralamayı düzenlemiştir.²⁹⁴

²⁹² Erdem, a.g.e., s. 74, dn:6

²⁹³ y.a.g.e., s. 90-91.

²⁹⁴ **Madde 86-** (1) *Kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

(2) **(Ek fıkra: 31/3/2005 – 5328/4 md.)** *Kasten yaralama fiilinin kişi üzerindeki etkisinin basit bir tıbbî müdahaleyle giderilebilecek ölçüde hafif olması hâlinde, mağdurun şikâyeti üzerine, dört aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.*

(3) *Kasten yaralama suçunun;*

a) *Üstsoya, altsoya, eşe veya kardeşe karşı,*
b) *Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı,*
c) *Kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle,*
d) *Kamu görevlisinin sahip bulunduğu nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle,*
e) *Silahla,*

İşlenmesi halinde, şikâyet aranmaksızın, verilecek ceza yarı oranında artırılır.

Madde 89- (1) *Taksirle başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.*

(2) *Taksirle yaralama fiili, mağdurun;*

a) *Duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflamasına,*
b) *Vücudunda kemik kırılmasına,*
c) *Konuşmasında sürekli zorluğa,*
d) *Yüzünde sabit ize,*

AIDS’li veya cinsel yolla bulaşan diğer bulaşıcı hastalıkları (Hepatit B, C ve Delta) taşıdıkları ve başkalarına bulaştırdıkları saptanan kişilerin sağlık mesleği mensubu tarafından ihbar edilmeleri halinde iki ihtimal ortaya çıkmaktadır.

Birinci ihtimalde HIV, Hepatit B, C veya Delta taşıyıcısı ya da aktif olarak AIDS ve hepatit bulguları gösteren hastanın ihbar edilme endişesiyle sağlık kuruluşlarına başvurmayarak tedavi olmaması, bu durumda da hem sağlığının gittikçe kötüleşerek tedavi olma ve yaşama şansını yitirmesi hem de koruyucu önlemler konusunda yeterli derecede bilgilendirilemeyeceğinden hastalığı hızla bulaştırmaya devam etmesi söz konusu olacaktır.

İkinci ihtimalde kasten veya taksirle yaralama suçu sebebiyle hakkında kovuşturma yapılması esnasında (suç ister şikayete tabi olsun ister kamu adına re’sen kovuşturulan bir suç olsun her şekilde ihbar sonrası öncelikle olay Savcılığa intikal etmektedir) kişinin kimliğinin ve hastalığının başka kişiler tarafından öğrenilmesi neticesinde toplumdan soyutlanması, dışlanması söz konusu olacaktır.

Benzer bir durum kan nakli sonucu HIV bulaşan çocuğun ilkokula başlaması üzerine diğer ailelerin çocuklarını aynı okula göndermeme kararı almasında yaşanmıştır.²⁹⁵

e) Yaşamını tehlikeye sokan bir duruma,

f) Gebe bir kadının çocuğunun vaktinden önce doğmasına,

Neden olmuşsa, birinci fıkra göre belirlenen ceza, yarısı oranında artırılır.

(3) Taksirle yaralama fiili, mağdurun;

a) İyileşmesi olanağı bulunmayan bir hastalığa veya bitkisel hayata girmesine,

b) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin yitirilmesine,

c) Konuşma ya da çocuk yapma yeteneklerinin kaybolmasına,

d) Yüzünün sürekli değişikliğine,

e) Gebe bir kadının çocuğunun düşmesine,

Neden olmuşsa, birinci fıkra göre belirlenen ceza, bir kat artırılır.

(4) Fiilin birden fazla kişinin yaralanmasına neden olması halinde, altı aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(5) Bilinçli taksir hali hariç olmak üzere, bu maddenin kapsamına giren suçların soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlıdır.

²⁹⁵ Erdem, a.g.e., s. 73; 1981’de hastaların eşit tedavi haklarının tanımlandığı Lizbon Bildirgesinin öncesinde Dünya Sağlık Asamblesi (WHA), “AIDS Global Programı”nda vurguladığı AIDS ayrımcılığına karşı çıkma çağrısını benimsediğini açıklamıştır. AIDS’li hastaların haklarının başında “tedavi olma”, hastalıkları nedeniyle “ayırım görmeme” hakları gelmektedir., Arın Namal, “AIDS’li

Her ne kadar Sözüer, AIDS ve benzeri hastalıkların Umumi Hıfzısıhha Kanunu gereğince bildirim zorunlu olduğunu belirtse de,²⁹⁶ bu kanun gereğince yapılan bildirimde hiçbir şekilde hastanın kimliği ifşa edilmemektedir. Hepatit B,C ve Delta taşıyıcıları ya da hepatitli hastalarda, ilgili il sağlık müdürlüğü hasta bilgilerini gizli tutmakta, bulaşıcı hastalıklar cetvelinde hastalar sadece sayısal olarak Sağlık Bakanlığı'na bildirilmekte, AIDS'te ise "Form D-86" isimli formlara AIDS'li kişinin özel bilgileri kodlanarak, hastanın kimliği gizli kalmak koşuluyla ihbarda bulunmaktadır. AIDS'in bildiri zorunlu bir hastalık olması, toplumu koruyabilmek gibi bir amaca ulaşmak isterken, HIV (+) ya da AIDS'li hastanın bilimsel tıbbın olanaklarından yoksun kalması sonucunu doğurmamalıdır. Bu nedenle birçok ülkede getirilen çözüm, hasta kayıtlarının epidemiyolojik verileri toplamaya ve izlem yapmaya engel olamayacak biçimde ama isimsiz tutulmasıdır.²⁹⁷

Sağlık mesleği mensubuna başvuran kişi, AIDS veya yukarıda sayılan hepatitlerden bir çeşidini taşıyıp bir başkasına (yasal eş, evlilik dışı ilişki veya herhangi bir partner) bulaştıran, yani tespit edilen suçun faili olabileceği gibi suçun mağduru konumunda da olabilir. Bu durumda da ihbarda bulunulması halinde yukarıda fail için sayılan tüm ihtimaller mağdur için de geçerli olacaktır.

Dünya Tabipler Birliği'nin AIDS ile ilgili Geçici Bildirisi'nin²⁹⁸ 7. maddesinde "*Hasta bilgisine erişim, hastaya yardım etmek veya hasta ile yakından ilgili, sağlığını korumak konusunda yasal hakka sahip tıbbi bakım personeli ile sınırlı olmalıdır. AIDS hastaları ve taşıyıcılarının kimliği toplumun sağlığı aksini gerektirmediği sürece açıklanmadan saklanmalıdır.*"

8. maddesinde "*Hasta bilgisinin gizliliğinin büyük oranda korunması mümkün iken, enfekte bir bireyin şüphe taşımayan cinsel eşini uyarmak için bir*

Ölüme Tanıklık ve Düşünceler", s. 145-150, **Etik Bunun Neresinde!**, Ankara Tabip Odası Yayınları, Ankara 1997, s. 149.

²⁹⁶ Güney/Özdemir/Balo, a.g.e., s. 796.

²⁹⁷ Türk Tabipleri Birliği, **Etik Kurul Görüşleri**, "Hekim-AIDS İlişkisi Konusundaki Görüş", Ankara 1998, s. 55

²⁹⁸ Türk Tabipleri Birliği, **Sağlık İle İlgili Uluslar arası Belgeler**, s. 56.

yöntem belirlenir. Yöntem risk altındaki bireyleri uyarmak için profesyonel zorunluluk taşıyan hekime yeterli yasal koruma gücünü vermelidir.” denilmektedir.

Bu maddelere göre hastanın kimliği ve hastalıkla ilgili bilgileri mümkün olabildiğince gizli kalarak sadece tehlike altındaki bireylerin bilgilendirilmesi zorunludur.

Alman Mahkemesi'nin bir kararında²⁹⁹ bu husus şöyle açıklanmıştır: Olayda dokuz yıldan beri bir kadınla ortak hayat süren ve bu birliktelikten dolayı iki çocuk babası olan kimse, taşıdığı HIV dolayısıyla bir hekimden psikolojik yardım almak istemiş ve bu sırrını başkalarına söylememek kaydıyla hekimle paylaşmıştır. Bu olaydan iki yıl sonra hasta HIV dolayısıyla ölmüş ve hayat arkadaşı bayan (eş), eşinin ölüm sebebini ve hastanın kendisine iki yıl önce tedavi amacıyla geldiğini hekiminden öğrenmiştir. Bunun üzerine Eliza testi yaptıran bayan, sonucun pozitif çıkması üzerine, hekimin olayı öğrenir öğrenmez kendisini haberdar etmesi gerektiğini ve bunu yapmadığı için de kendisinin HIV taşımasına neden olduğu gerekçesi ile hekimi dava etmiş ve maddi ve manevi zararlarının karşılanması için 100.000 DM tazminat talep etmiştir. Frankfurt Oberlandesgericht (OLG) de hekimin, durumu bayana bildirmemekle mesleki yükümlülüğünü ihlal ettiğini kabul etmiş ancak, eşlerin hekimin sırı vakıf olduğu son iki yıldan daha önceki zamanlarda da cinsel ilişkide bulunduğu, dolayısıyla da HIV'i daha önce kapmış olabileceği gerekçesi ile tazminat talebini reddetmiştir.

Kanaatimizce AIDS ve B,C ve Delta Hepatit taşıyıcılarının ve hastalarının bu hastalığı başkalarına bulaştırdıkları veya kendilerine bu hastalığın bulaştırıldığı saptandığında sağlık mesleği mensubu, hem suç belirtilerinin faili hem de mağduru açısından meslek sırrını ifşa etmeyerek, kişilerin ayrımcılığa tabi tutulmasına engel olmalı ve tedavi haklarının ve yaşam haklarının kullanılmasını sağlamalı, bu durum da hukuka uygunluk sebebi kabul edilerek sağlık mesleği mensubunun ihbarda bulunmaması cezalandırılmamalıdır. Ancak tehlikede olan kişilerin (eş veya partner) ve toplum sağlığının korunması açısından sadece bu kişilere durumu bildirmelidir.

²⁹⁹ Büyükkay, a.g.e., s. 391.

2.4.1.3. Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar ve Çocuk İstismarı

Yeni TCK'nın 102. maddesine göre cinsel saldırı, cinsel davranışlarla kişinin vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi olup, vücuda organ veya cisim sokularak bu fiilin işlenmesi ise suçun nitelikli halini oluşturmaktadır. "Cinsel saldırı" terimi eski TCK'da yer verilen ırza geçme, ırza tasaddi ve sarkıntılık suçlarını da içermektedir. Cinsel saldırı suçunda mağdurun yaşı önemlidir. Mağdur onsekiz yaşından küçükse bu suç oluşmayıp çocukların cinsel istismarı suçu oluşur.³⁰⁰ Adli Tıp Uzmanı bazı yazarlara göre ise cinsel saldırı,³⁰¹ rızası olmayan veya herhangi bir sebepten dolayı (yaşının küçüklüğü ya da akıl hastalığı) rızası kabul edilmeyen bir kişinin fiziksel güç kullanımı, tehdit, korku, hile ve kandırma gibi zorlamalarla cinsel içerik taşıyan bir davranışa maruz kalmasıdır. Bu yasal olmayan davranışlar cinsel amaçlı bir dokunuştan ırza geçmeye kadar geniş bir spektrum içerir. Cinsel davranışlar toplumların gelenek, görenek, ahlâki değerler ve yasal yaptırımlarına bağlı olarak farklı biçimlerde değerlendirilebilirse de, ülkemizde hukuksal boyutta bir cinsel davranışın suç olarak nitelendirilmesinde bazı ortak kavramlar bulunmaktadır. Bunlar:³⁰²

- ✓ Davranışın rızası olmayan bir kişiye yönelik olması,
- ✓ Yasalarda belirtilen yaş gruplarındaki kişilere karşı yapılması,
- ✓ Mental veya beden hastalığından yararlanılması,
- ✓ Zor kullanılması,
- ✓ Kişiyi alkol, uyutucu, uyuşturucu bir madde etkisi altında bırakarak yapılması,
- ✓ Hile ve kandırma yoluyla gerçekleştirilmesidir.

Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar yeni (5237) TCK'nın 102. ve 104. maddelerinde düzenlenmiştir. Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar çocuklara

³⁰⁰ Tezcan/ Erdem/ Önok, a.g.e., s. 206 vd.

³⁰¹ERCÜMENT AKSOY / MEHMET AKİF İNANCI / GÜRSEL ÇETİN / OĞUZ POLAT / M.ŞEVKİ SÖZEN / FATİH YAVUZ, "Cinsel Saldırı", s. 119-130, **Birinci Basamak İçin Adli Tıp El Kitabı**, TTB Yayınları, Ankara 1999, s. 119.

³⁰² y.a.g.e., s. 119.

karşı işlendikleri takdirde, çocukların cinsel istismarı söz konusu olur ki bu da 103. maddede düzenlenmiştir.³⁰³

Çocuk istismarı, çok geniş anlamda, belli bir zaman dilimi içerisinde bir yetişkin tarafından çocuğun o kültürde kabul edilmeyen bir davranışa maruz kalması şeklinde tanımlanabilir.³⁰⁴ Bu davranışlar ülke içinde veya ülkeler arasında farklı boyutlarda gözlenebilir. WHO (Dünya Sağlık Örgütü)'nun 1985'de yapmış olduğu

³⁰³ **Madde 102-** (1) Cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlal eden kişi, mağdurun şikayeti üzerine, iki yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Fiilin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle işlenmesi durumunda, yedi yıldan oniki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Bu fiilin eşe karşı işlenmesi halinde, soruşturma ve kovuşturmanın yapılması mağdurun şikayetine bağlıdır.

(3) Suçun;

- a) Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı,
- b) Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanılmak suretiyle,
- c) Üçüncü derece dahil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı,
- d) Silahla veya birden fazla kişi tarafından birlikte,

İşlenmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilen cezalar yarı oranında artırılır.

(4) Suçun işlenmesi sırasında mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılması durumunda kişi ayrıca kasten yaralama suçundan dolayı cezalandırılır.

(5) Suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halinde, on yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur.

(6) Suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü halinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur.

Madde 103- (1) Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel istismar deyiminden;

- a) Onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış,
 - b) Diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar,
- Anlaşılır.

(2) Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(3) (Değişik: 29/6/2005 – 5377/12 md.) Cinsel istismarın üstsoy, ikinci veya üçüncü derecede kan hısmı, üvey baba, evlat edinen, vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, sağlık hizmeti veren veya koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan diğer kişiler tarafından ya da hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanılmak suretiyle veya birden fazla kişi tarafından birlikte gerçekleştirilmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(4) Cinsel istismarın, birinci fıkranın (a) bendindeki çocuklara karşı cebir veya tehdit kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(5) Cinsel istismar için başvuru olan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması halinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.

(6) Suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halinde, onbeş yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur.

(7) Suçun mağdurun bitkisel hayata girmesine veya ölümüne neden olması durumunda, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur.

Madde 104- (1) Cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi, şikayet üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) (İptal: Ana.Mah.nin 23/11/2005 tarihli ve E: 2005/103, K: 2005/89 sayılı kararı ile)

tanıma göre ise “Çocuğun sağlığını, fizik gelişimini, psiko-sosyal gelişimini olumsuz yönde etkileyen, bir yetişkinin toplumu veya ülkesi tarafından kabul edilmeyen, bilerek veya bilmeyerek yapılan davranışları çocuk istismarı” olarak kabul edilir. Tanım aynı zamanda çocuğun istismar veya şiddet olarak algılamadığı veya yetişkinlerin istismar olarak kabul etmediği davranışları da içine alır. Davranışın mutlak, çocuk tarafından algılanması veya yetişkin tarafından bilinçli olarak yapılması şart değildir. Çocuk istismarı, fiziksel, cinsel veya duygusal olabileceği gibi ihmal şeklinde de olabilir.³⁰⁵

Çocuk ve erişkin arasındaki temas ve ilişki, o erişkinin veya başka birinin seksüel uyarılması için kullanılmışsa, çocuğun cinsel istismara uğradığı kabul edilir. Cinsel istismar bir çocuğun başka bir çocuk üstüne belirgin bir gücü veya kontrolü söz konusuysa ya da bariz bir yaş farkı varsa da gerçekleştirilebilir. Bu tanımlama özellikle erişkinler tarafından çocuklar üzerinde oluşturulabilecek her türlü cinsel istismarı kapsamaktadır.³⁰⁶

Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlarda ve çocuk istismarı suçunda sağlık mesleği mensubunun ihbar yükümlülüğü ve meslek sırrının saklanması açısından hassasiyet gösterilmesi gereken hususlar vardır. Bunlardan ilk husus:

- cinsel saldırının eşe karşı işlenmiş olması,
- cinsel saldırının ensest olarak nitelendirilen ve 102 maddenin 3/c maddesinde belirtilen kişilere karşı işlenmesi,
- cinsel saldırının 103. maddenin 3.fıkrasındaki çocuğa karşı işlenmiş olması durumunda ortaya çıkar.

Yukarıda sayılan üç ihtimalde de mağdur, fail ile aynı çatı altında kalmakta veya zamanının büyük bir kısmını aynı ortamda geçirmekte ya da faille sıklıkla karşılaşma ihtimali bulunmaktadır. Bu durumda mağdurda tespit edilen bir suçun

³⁰⁴Ercüment Aksoy / Gürsel Çetin / Mehmet Akif İnanıcı Oğuz Polat / M.Şevki Sözen / Fatih Yavuz, “Çocuk İstismarı ve İhmali”, s. 135-146, **Birinci Basamak İçin Adli Tıp El Kitabı**, TTB Yayınları, Ankara 1999, s. 135.

³⁰⁵ Aksoy/ Çetin/ İnanıcı/Polat/Sözen/Yavuz, a.g.e., s:135.

³⁰⁶ y.a.g.e., s. 142.

işlendiğine dair belirtilerin ihbar edilmesinden önce mağduru, failin bundan sonraki evrelerde ihbardan dolayı kendisine yönelteceği muhtemel tehlikeli davranışlardan korumak üzere önlem alınmalıdır.

Çocukların Hırpalanması ve İhmali Konusunda, Dünya Tabipler Birliği'nin 1984 yılında kabul edip 1989,1990 ve 1992 yıllarında yeniden gözden geçirerek son haline getirdiği ve Birliğin tutumunu açıklayan belgenin³⁰⁷ 9. maddesinde “*çocuk hırpalanmasından kuşkulandığında; hekim şunları yapmalıdır:*

- a) *Tüm kuşkulu olgular çocuk koruması ile ilgili kuruluşlara bildirilmelidir,*
- b) *Başlangıç değerlendirme aşamasında koruma gerektiren durumlarda çocuk hastaneye yatırılmalıdır.”*

10. maddesinde “*Çocuk, hekimin hastası dolayısıyla onun temel sorumluluğudur. Bu nedenle, hekim onun daha çok hırpalanmasını engellemek zorundadır. Çocuğa yardımcı olarak sosyal kurum ya da kuruluş ile görüşülmeli, gerekirse çocuğu hastaneye yatırmalıdır.”*

18. maddesinde “*Çocuk hırpalanması olgularında da hastaların gizlilik hakkı olduğu unutulmamalıdır. Taciz ne olursa olsun (fiziksel, ruhsal ve cinsel) rapor yalnızca ilgili kuruma verilmelidir”.*

19. maddesine “*Hekimler, kendi ülkelerinde bu konuda, önleyici ve koruyucu yasaların çıkarılmasına katkıda bulunmalıdır. Yasalar bu çocuklara tanı koyup tedavi eden kişileri de korumalıdır.”* denilmektedir.

Bazı yazarlar da istismar olgusu ile karşılaşan doktorun teşhisten emin olmasa bile olayı diğer birimlerden görüş alarak iyice araştırması gerektiğini, istismar olduğuna karar verilen olgularda çocuğa yönelik tehlikenin bulunacağı durumlarda çocuğun eve gönderilmemesini ve böyle durumlarda Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu'ndan ya da gönüllü kuruluşlardan yardım istemesini bu sağlanana kadar çocuğun hastanede tutulması gerektiğini belirtmektedirler.³⁰⁸

Kanaatimizce burada sır saklama yükümlülüğünün yanında suç belirtilerini bulduran mağdurun tehlikelerden korunması yükümlülüğü de bulunmaktadır. Bu

³⁰⁷ Türk Tabipleri Birliği, **Sağlık İle İlgili Uluslar arası Belgeler**, s. 102-103.

sebeple sağlık mesleği mensubunun öncelikle bu yükümlülükleri yerine getirip, ihbar yükümlülüğünü gerekli önlemler alındıktan sonra yerine getirmesi hukuka uygun kabul edilerek, gecikmeden dolayı sağlık mesleği mensubu cezalandırılmamalıdır.

İkinci husus suç belirtisinin saptanması ile ilgilidir. Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlarda ve çocuk istismarında belirtinin gerçekten bir suç belirtisi mi olduğu, yoksa mağdurun vücudunda oluşabilecek bir enfeksiyon ya da benzeri doğal reaksiyonlar sonucu mu oluştuğunun ayırımını yapmak çok önemlidir. Özellikle çocuklarda cinsel istismardan kaynaklanabilen ama aynı zamanda buna bağlı olmadan da görülebilen genital anomaliler, örneğin enflemasyon (şişlik ve kızarıklık) ve kaşıntı, bu bölgenin yetersiz hijyeninden veya nonspesifik enfeksiyonlardan kaynaklanabilir.³⁰⁹ Aynı şekilde kazaya bağlı yaralanmalarla istismara bağlı yaralanmaları da ayırmak önemlidir. Burada yapılacak hataların bedelini hem çocuk hem de aile ödeyebilir. Eğer istismara bağlı oluşan yaralanmalar tespit edilemezse, çocuk istismar edileceği ortamda bırakılmış olur. Eğer yaralanma kazaya bağlı ise o zamanda ebeveynler yanlış olarak suçlanacak ve travmatize edilmiş olacaktırlar.³¹⁰

Çocukların Hırpalanması ve İhmali Konusunda Dünya Tabipler Birliğinin Tutumu belgesinin 20. maddesinde de “*Hekimler, zarar gören çocuğu yasal olarak hak arayacağı yaşa gelene kadarki dönemde kendisini hırpalayan kişiler için hukuksal girişimde bulunabilmesini desteklemeli, bu konuda hem çocuk hem de sanığın zarar görmemesi için nesnel belirtilerin olması gerektiğini bilmelidir.*”³¹¹ denilmektedir.

Üçüncü husus suç işlendiğine dair belirti taşıyan mağdurun, sağlık mesleği mensubu tarafından suç ihbar edildikten sonra, toplumun içindeki yaşamının ne ölçüde değişeceğidir. Eğer mağdura bir cinsel saldırıda bulunulduğu yargılama sürecinde duyulur ve toplum içinde hâkir görülür, namus ve şerefi ile ilgili konuşulur ve suçun işlenmesinin hemen öncesinde kendisinin tutumu eleştirilir, hayat tarzı eleştirilir ve bundan sonra evlenebilme ihtimali güçleşirse yani mağdurun bundan

³⁰⁸ Aksoy/ Çetin/ İnanıcı/Polat/Sözen/Yavuz, “Çocuk İstismarı ve İhmali”, s. 142.

³⁰⁹ y.a.g.e., s. 144.

³¹⁰ y.a.g.e., s. 139.

³¹¹ Türk Tabipleri Birliği, **Sağlık İle İlgili Uluslar arası Belgeler**, s. 103.

sonraki dönemde bu sebeplerle daha da mağdur olması söz konusu olacaksa, mağdurun da isteği doğrultusunda bu durum meslek sırrı olarak saklanmalı ve suçun ihbar edilmemesi hukuka uygun kabul edilmelidir. Benzer şekilde yeni TCK'nin 104. maddesinde tanımlanan onbeş yaşını bitirmiş fakat onsekiz yaşını bitirmemiş olan mağdurun kendi rızası ile cinsel ilişkide bulunması halinde bu durumun öğrenilmesi sonucu, mağdurun töre cinayetlerine kurban gitme ihtimali varsa veya cinsel ilişkide bulunduğu failin öldürülme ihtimali varsa kanaatimizce yine sır saklama yükümlülüğü öncelikli olmalıdır. Nitekim kanun koyucu da 104. maddenin birinci fıkrasındaki suçun işlenmesi halinde şikayet üzerine failin cezalandırılacağını düzenlemiştir. Bu durumda (bu suçla ilgili olarak) suç şikayete tabi olduğu için şikayet edilmedikçe fail hakkında işlem yapılmayacakken ve olay gizli kalacakken, sağlık mesleği mensubunun ihbar etmesi sonucu olay Adliyeye intikal edecek ve gizli kalmayıp toplum tarafından öğrenilecektir. Kanaatimizce bu suçlarda eğer mağdur hiçbir baskı altında kalmadan şikayetçi olmak istemiyorsa ona yönelik olarak işlenmiş suçun gizli tutulması isteğine de saygı duyulmalıdır.

Çetin/Şanyüz'ün naklettikleri bir olguda:³¹² Araç dışı trafik kazası sonucu getirilen 17 yaşındaki kadın hastanın yapılan ilk muayenesi neticesinde kazaya bağlı olarak 7-10. kotlarda ön koltuk hattında kırık, sağ bacak alt uçta kırık, kafa grafilerinde kırık şüphesi ve onbir haftalık gebelik (kaza sonrası düşük başlamıştır) saptanmıştır. Hasta kendisinden yaşlı ve evli bir adam ile birlikte olduğunu, istemi dışında hamile kaldığını, bu olaydan kimsenin haberi olmadığını, ailesine veya bir başkasına söylenmemesini aksi halde intihar edeceğini belirtir.³¹³ Psikiyatri konsültasyonunda; depresyon tanısı konup hastanın yakınlarına bu konuda bilgi verilmesinin doğru olmayacağı kanaati belirtilir. Düzenlenen ilk geçici adli raporda gebelikten söz edilmez ve aileye bir açıklama yapılmaz. Aynı gün kaza sonrası batın

³¹² Gürsel Çetin / Ömür Şanyüz, "Yapılandırılmış Tıbbi Malpraktis Olgu Tartışması", s. 89-91, İn **Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi**, Editörler: Gürsel Çetin/Coşkun Yorulmaz, İstanbul 2006, s. 89 v.d.

³¹³ Akpınar tarafından nakledilen benzer bir olguda onyediy yaşında bir genç kız sevdiği erkek ile birlikte kaçmıştır. Erkek gözaltına alınmıştır ve kızın ailesi evlenmelerine kesinlikle karşıdır. Genç kız bakire olmadığı anlaşılırsa ağabeylerinin erkek arkadaşını öldüreceklerinden emindir. Bu sebeple intiharı düşünmektedir. Bkz. Cumhuriyet Akpınar, "Adli Tıp ve Etik Sorunlar", s. 135-137, **Etik Bunun Neresinde!**, Ankara Tabip Odası Yayınları, Ankara 1997, s. 136-137; bu olgu Adliyeye intikal etmeden mağdure sağlık mesleği mensubu ile karşılaşmışsa kanaatimizce hastanın sırrı saklanmalı, ancak fizik muayene sonucu tespit edilen bulgular kayıt altında alınmalıdır.

travması sebebiyle ameliyata alınan hasta ameliyat sonrası ikinci saatte kardiyak arrest (kalp durması) sonucu hayatını kaybeder. Hastanın babası, Cumhuriyet Başsavcılığına verdiği dilekçesinde tüm doktorlardan şikayetçi olduğunu belirtir. Kızına yeterli özenin gösterilmediğini, bilgisizlik ve acemilik yapıldığını, hastanedeki cihazların bozuk olup ihmalin söz konusu olduğunu, kendisinin hastayı bir tıp fakültesi hastanesine götürmeyi teklif ettiğini, ancak buna gerek olmadığını söylenerek yanlış yönlendirildiğini, hiçbir girişimde kendisine bilgi verilmediğini ve onayının alınmadığını, kızının hamile olduğunu hastabakıcıdan öğrendiğini kendisinden saklandığını, küçük yaştaki kızını hamile bırakan kişiden de şikayetçi olduğunu ifade eder. Hasta bakıcı Cumhuriyet Savcılığına verdiği ifadesinde ölen hastanın hamile olduğunu ve çocuğunun düştüğünü doktor ile hemşire aralarında konuşurlarken duyduğunu, aslında ölenin babasına söylenmemesi gerektiğini bildiğini, ancak başka bir şey konuşurlarken ağzından kaçırıldığını kötü niyeti olmadığını söylemiştir.

Korur Fincancı/Yorulmaz'a göre, ulusal hukukun parçası olmasa bile, bütün sağlık çalışanları ahlâki olarak profesyonel meslek kuruluşlarının koyduğu standartlara uymakla yükümlüdürler, ahlâken bu kurallara bağlıdırlar. Makul bir mazereti olmadan mesleki standartlara uymaz, bu standartlardan saparlarsa yetkilerini kötüye kullanmaktan suçlu bulunurlar.³¹⁴ Kanaatimizce böyle durumlarda sağlık çalışanlarının etik yükümlülükleri nedeniyle belli bir yasaya, örneğin hasta hakkında gizli tıbbi bilgileri açıklamayarak ihbar yükümlülüğüne uymamalarını hukuka uygun kabul etmek gerekmektedir. Ulusal ve uluslararası etik ilkelerle ilgili açıklamalarda, hukuk da dahil olmak üzere diğer zorunluluklar nedeni ile sağlık çalışanlarının tıbbi etiğe ve vicdanlarına aykırı davranmaya zorlanamayacakları belirtilmektedir. Sağlık çalışanları bu tür durumlarda, hastanın sırrını açıklamayarak, yükümlü buldukları iki yükümlülükten meslek sırrını saklama yükümlülüğünü yerine getirmelidirler.

2.4.1.4. Aile İçi Şiddet

³¹⁴Korur Fincancı/Yorulmaz, a.g.e., s. 142-143.

Aile, kan bağılılığı, evlilik ve diğere yasal yollardan aralarında akrabalık ilişkisi bulunan ve çoğunlukla aynı evde yaşayan bireylerden oluşan ve bu bireylerin cinsel, psikolojik, sosyal ve ekonomik gereksinimlerinin karşılandığı temel bir toplumsal birimdir. Aile içi şiddet aile üyelerinden biri tarafından aynı ailedeki diğere bir üyenin yaşamını fizik veya psikolojik bütünlüğünü veya bağımsızlığını tehlikeye sokan, kişiliğine veya kişilik gelişimine ciddi boyutta zarar veren eylem veya ihmaldir.³¹⁵ Aile içi şiddet, fiziksel ve cinsel şiddet, duygusal ve ekonomik istismar ve ihmal olmak üzere beş gruba ayrılır.

Aile içi şiddet olgularında tüm yaralanmaları, lezyonları tek tek tanımlayıp dokümanete ettikten sonra yardımcı olabilmek için neler yapılacağını hastaya açıklamak gerekir. Bu tip olaylarda dikkati çeken özellik kadınların ayrılmanın getireceği maddi problemler ve sosyal sorunlarla başa çıkamama korkusuyla susma ve olayları saklama eğiliminde olmalarıdır. Bunun yanında ayrılmaya karar veren ya da ayrılan kadınların çoğunun tekrarlayan şiddete, tehditlere maruz kaldıkları, hatta bazı olgularda öldürüldükleri görülmektedir.³¹⁶

Hastaların büyük bir kısmı çekingenlik ya da korkudan aile içi şiddeti saklamayı yeğlemektedirler. Bu tip hastaların yaklaşık üçte birinde majör depresyon vardır ve intihara teşebbüs sıklıkla gözlenir.³¹⁷

İstismar edilen yaşlılar genellikle çok yaşlı (65 yaşından büyük) ve kadındır. Çocukları ile birlikte otururlar. Kurban çoğunlukla ailesinin yanında hekime başvuracaktır. Bu yüzden sorunu anlatmaktan korkabilir veya istismarı ya da şiddeti yapanın kimliğini başkalarına söylemekten utanabilir.³¹⁸ Böyle bir suçla³¹⁹ karşılaşan sağlık mesleği mensubu, suç belirtisini taşıyan mağdurun, suçun ihbar edilmesi

³¹⁵Ercüment Aksoy / / Gürsel Çetin / Mehmet Akif İnanıcı/ Oğuz Polat / M.Şevki Sözen / Fatih Yavuz, "Aile İçi Şiddet", s. 131-134, **Birinci Basamak İçin Adli Tıp El Kitabı**, TTB Yayınları, Ankara 1999, s. 131.

³¹⁶y.a.g.e., s. 132.

³¹⁷Aksoy/ Çetin/ İnanıcı/Polat/Sözen/Yavuz, "Aile İçi Şiddet", s. 133

³¹⁸y.a.g.e., s. 134.

³¹⁹ 5237 sayılı TCK'nın kasten yaralama başlıklı 86.maddesinin 3.fıkrasının (a) bendindeki düzenleme aile içi şiddet de kapsamaktadır. Bununla birlikte aile içi şiddet sonrasında ölüm meydana gelmişse veya cinsel şiddet niteliği taşıyorsa, kasten öldürme ve cinsel saldırı ile ilgili maddelere göre yargılama yapılacaktır.

sonrasında yeniden ve daha fazla şiddete maruz kalacağını, hastanın güvenliğinin tehlikeye gireceğini, belki de sokağa atılacağını göz önünde bulundurarak, öncelikle suçtan mağdur olanın güvenliğini sağlayabilecek kurumlar konusunda kendisine yardımcı olabileceğini söylemeli ve hastaya sırrın saklanacağı konusunda güven vermelidir. Aile içi şiddet gören kadın, partnerinin tutuklanacağından korkarsa sağlık kuruluşuna başvurmaktan vazgeçebilir. Suçun mağduru yaşlı ise bu ihbar sonrasında ölüme sebebiyet verebilecek derecede şiddete veya ihmale maruz kalabilir veya sokağa atılabilir. Bu durumda da sağlık mesleği mensubunun, gerekli önlemler alındıktan sonra suçu ihbar etmiş olması ve bundan dolayı gecikmiş olması halinde dahi kanaatimizce cezalandırılmaması gerekir.

2.4.1.5. İşkence ve Eziyet³²⁰

5237 sayılı TCK'nin 94.maddesinde işkence, 96. maddesinde de eziyet düzenlenmiştir.

Maddelerin gerekçesinde³²¹ suçlar hakkında şu açıklamalar yapılmıştır:

“İşkence olarak bir kişiye karşı insan onuru ile bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışlarda bulunulması gerekir. İşkence teşkil eden fiiller, aslında kasten yaralama, hakaret, tehdit, cinsel taciz niteliği taşıyan fiillerdir.

³²⁰**Madde 94-** (1) Bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışları gerçekleştiren kamu görevlisi hakkında üç yıldan oniki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(2) Suçun;

a) Çocuğa, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye ya da gebe kadına karşı,

b) Avukata veya diğer kamu görevlisine karşı görevi dolayısıyla, İşlenmesi halinde, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(3) Fiilin cinsel yönden taciz şeklinde gerçekleşmesi halinde, on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(4) Bu suçun işlenişine iştirak eden diğer kişiler de kamu görevlisi gibi cezalandırılır.

(5) Bu suçun ihmali davranışla işlenmesi halinde, verilecek cezada bu nedenle indirim yapılmaz.

Madde 96- (1) Bir kimsenin eziyet çekmesine yol açacak davranışları gerçekleştiren kişi hakkında iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(2) Yukarıdaki fıkra kapsamına giren fiillerin;

a) Çocuğa, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye ya da gebe kadına karşı,

b) Üstsoy veya altsoya, babalık veya analığa ya da eşe karşı,

İşlenmesi halinde, kişi hakkında üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

Ancak bu fiiller, ani olarak değil, sistematik bir şekilde ve belli bir süreç içinde işlenmektedirler. Bu süreç içinde süreklilik arz eder bir tarzda işlenen işkencenin en önemli özelliği, kişinin psikolojisi, ruh sağlığı, algılama ve irade yeteneği üzerindeki tahrip edici etkilerinin olmasıdır. Bu etkilerin uzun bir süre ve hatta hayat boyu devam etmesi, işkencenin bu kapsamda işlenen fiillere nazaran daha ağır ceza yaptırımını altına alınmasını gerektirmiştir.”

“Eziyet olarak bir kişiye karşı insan onuru ile bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışlarda bulunması gerekir. Aslında bu fiillerde kasten yaralama, hakaret, tehdit, cinsel taciz niteliği taşıyabilirler. Ancak bu fiiller ani olarak değil, sistematik bir şekilde ve belli bir süreç içinde işlenmektedirler. Bu süreç içinde süreklilik arz eder bir tarzda işlenen eziyetin özelliği, işkence gibi, kişinin psikolojisi, ruh sağlığı üzerindeki tahrip edici etkilerinin olmasıdır. Bu etkilerin uzun bir süre ve hatta hayat boyu devam etmesi, eziyetin bu kapsamda işlenen fiillere nazaran daha ağır ceza yaptırımını altına alınmasını gerektirmiştir.”

Gürpınar/Fincancı'ya göre, insan hakları ihlalleri kavramının bir boyutu olarak işkence bir halk sağlığı sorunudur. Klinik olarak tanı koymak; işkenceyi önleme sürecinde hekimlere düşen önemli bir görev olarak değerlendirilmelidir. İşkence yapıldığına ve suçun cezalandırılmasına karar vermek Mahkemeye aittir. Hekimin adli olarak görevi kanıt sunmaktır. Kanıt sunma görevine, suçla ilgili fizik/psikik lezyonların tanımlanması da girmektedir.³²² İşkence suçunun bulguları ile karşılaşması sağlık mesleği mensubu için genellikle adli rapor düzenleme safhasında söz konusu olmaktadır. Bu safhada ulusal ve uluslararası belgelere³²³ uygun bir adli muayene yaparak işkence izlerini tespit etmek, suçun ihbar edilmesi anlamına gelmektedir. Çünkü Sağlık Bakanlığı'nın 05.12.1995 tarih ve 6070 sayılı

³²¹ Artuç/Gedikli, a.g.e., s. 96-97.

³²² Serhat Gürpınar/Şebnem Korur Fincancı, “İnsan Hakları İhlalleri ve Hekim Sorumluluğu”, s. 24-35, **Birinci Basamak İçin Adli Tıp El Kitabı**, TTB Yayınları, Ankara 1999, s. 24

³²³ Dünya Tabipler Birliği Cenevre Bildirgesi, Uluslararası Hekimlik Ahlâkı İlkeleri, Tokyo Bildirgesi, Birleşmiş Milletlerin Tıbbi Etik İlkeleri, TTB'nin işkence, kötü muamele gibi insan hakları ihlalleri karşısında Hekim Tutumu Genelgesi ve Sağlık Bakanlığı'nın adli raporlar konusunda genelgeleridir. Bkz: Murat Civaner/Zühal Amato Okuyan, **Türk Tabipleri Birliği Yüksek Onur Kurulu Dosyalarında Tıbbi Etik İhlalleri**, İzmir 1999, s. 80.

genelgesinde, adli rapor formunun üç nüsha olarak düzenleneceği, düzenlenen bu formların bir nüshasının raporu düzenleyen sağlık kuruluşunca muhafaza edileceği, ikinci nüshanın kapalı bir zarf içerisinde mühürlenerek ivedilikle sağlık raporunu düzenleyen sağlık kuruluşu tarafından ilgili savcılığa iletileceği üçüncü nüshanın ise yine kapalı ve mühürlü olarak sanığı muayeneye getiren kolluk güçlerine verilerek ilgili birim amirine ulaştırılacağı belirtilmektedir. Bu durumda işkence yapıldığına dair bulguların rapora yazılması ve raporun ilgili savcılığa ulaştırılması ile ihbar gerçekleşmiş yani ihbar yükümlülüğü yerine getirilmiş olur. Ancak adli raporlarda işkence izlerinin gizlendiği veya yazılmadığı ve ihbar yükümlülüğünün yerine getirilmediği durumlara da rastlanmaktadır. Bazı yazarlar göre,³²⁴ bunun sebeplerinden biri, hekimin başına kötü bir şey gelmesinden, en azından otoriteyle ters düşmekten çekinmesidir. O anda olmasa bile ileride kendisine ve/veya yakınlarına olumsuz bir etkisi olabileceği endişesidir.

Kanaatimizce bu durumda böyle bir tehdidin ciddiyeti ve gerçekleşebilme ihtimali önemlidir. Açıkça belirli bir kişi veya işkenceyi yapan fail yada küçük bir yerleşim yerindeyse bulunulan yerin ileri gelenlerinden (belirli bir partinin başkanı gibi) birisi yada hekimin amiri konumunda olan biri tarafından böyle bir baskı³²⁵ yapılmış ise ve ciddi sonuçlar doğuracak bir tehlike gerçekten söz konusu ise hekimin zorunluluk hali içinde olacağı kabul edilerek ihbar yükümlülüğünü yerine getirmemiş olması hukuka aykırı kabul edilmemelidir. Ancak bu endişe genel bir endişe olup ciddi bir tehlikeyi düşündürecek herhangi bir davranış söz konusu değilse bu durumda, işkenceyi ihbar etmeme durumunu bu sebeple hukuka uygun kabul etmek mümkün değildir.

³²⁴ Civaner/Amato Okuyan, a.g.e., s. 81.

³²⁵ Sağlık mesleği mensubunun görevi dışında tanık olduğu bir suçu ihbar yükümlülüğü ve karşılaştığı baskı ile ilgili çarpıcı bir örnek olması açısından şu olgu önemlidir: Sağlık ocağında görevli bir pratisyen hekim üç arkadaşı ile birlikte mesai sonrası arabasıyla gezintiye çıkmıştır. Birden önlerine bir adam çıkar ve adama hızla çarparlar. Arabayı sağlık ocağının ambulans şoförü kullanmaktadır. Doktorun ifadesine göre kendisi ambulans şoförünü durması için uyarır ancak ambulans şoförü panik içinde arabayı kullanmaya devam eder. Doktorun sürekli ısrarları üzerine yapacak bir şey olmadığını, olayın ortaya çıkması halinde kendisini yaşatmayacağını söyler. Doktor olay sonrasında sürekli ölüm tehditleri alır, hatta ambulans şoförünün eniştesi olan partisi il genel meclisi üyesi de kendisini öldürmekle tehdit eder. Enişte doktora işe kendisinin de karıştığını, ihbar edeni yaşatmayacağını söyleyerek ayrıca zorla senet imzalatır ve arabasına el koyar. Doktor bir süre kararsız kalsa da, sonunda olayı bildirmek üzere savcılığa gider ve ifade verir. Nakleden Civaner/Amato Okuyan, a.g.e., s. 114.

Nadir olmakla birlikte Akpınar'ın naklettiği olguda olduğu gibi işkence suçunun mağdurunun, suçun ihbar edilmesini istememesi de söz konusu olabilir. Akpınar'ın naklettiği olguda,³²⁶ kişi bir araştırma nedeniyle ifade veren bir sanığın adını vermesi yüzünden, gözetim altına alınmıştır. On gün boyunca göz altında kalmıştır. Mahkemeye çıkarılma aşamasına geldiği için tekrar adli muayenesi istenmiştir. İşkenceye maruz kaldığı halde bu durumun rapora geçmemesini istemektedir. Sebebi sorulduğunda “Mahkemede salıverileceğimi düşünüyorum. Bir an önce evimde olmak istiyorum. Olanları hatırlamak bile istemiyorum. Lütfen yazmayın” cevabını vermiştir. Bu durumda suçun mağdurunun isteğine rağmen suç ihbar edilmeli mi yoksa ihbar edilmemeli midir?

Bu olayda işkence suçunun mağduru olan kişinin, işkence suçuyla ilgili olarak ihbarda bulunulması halinde, yeniden başlayacak olan yargılama süreci boyunca psikolojik olarak çok yıpranacağı endişesi taşımamasından dolayı böyle bir talepte bulunmuş olabileceğini düşünülüyor. Daha önce de belirttiğimiz gibi mağdurun daha sonraki aşamalarda daha da mağdur olması söz konusu olacaksa öncelikle bu durumun göz önünde bulundurulması ve hasta sırrının açıklanmaması gerekmektedir.

Ancak aşağıda bahsedeceğimiz iki olay karşısında, ihbar yükümlülüğünün yerine getirilmemesinin, hiçbir mazereti olamayacağı düşüncesindeyiz.

Birinci olayda simit çaldığı iddiası ile göz altına alınan oniki yaşında bir kız çocuğuna, beş gün boyunca göz altında tutulduğu sırada işkence yapılmıştır. Çocuğun vücudunda dayak ve elektrik izleri tespit edilerek durum gazetecilere ve kamuoyuna bildirilmiş ve çocuk tedavi altına alınmıştır. Ancak bir süre sonra polisin ailesine yaptığı baskı sonucu çocuğun tedavisi yarım kalmış ve aile olayı Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na götürmüştür.³²⁷

³²⁶ Akpınar, a.g.e., s. 136.

³²⁷ **1995 Türkiye İnsan Hakları Raporu**, TİHV Yayınları 14, s. 268.

İkinci olayda Eskişehir’de otomobil hırsızlığı yapan bir şebekenin üyesi olduğu iddiasıyla göz altına alınan kişiye işkence yapılmış ve kişi dört gün sonra iç kanama sebebiyle ve böbreklerinin tahrip olması üzerine komaya girmiştir. Gece yarısı bir üniversitenin acil servisine götürüldüğünde hayati tehlike kaydı ile hastaneye yatırılmış ve “işkence sonucu hayati tehlike içine girdiğine, iç kanama geçirdiğine ve böbreklerinin tahrip olduğuna” dair rapor düzenlenmiştir. Ancak bu rapor hemen savcılığa gönderilmeyerek bir süre gizli tutulmuştur. Bu arada işkence olayının üzerinin kapatılması amacıyla aynı günlerde kişinin “sağlam” olduğuna dair başka bir rapor düzenlenmiştir.³²⁸

Eziyet suçu ile ilgili olarak da yine öncelikle suçun mağdurunun durumunun değerlendirilmesi, eğer mağdur bir tehlikeye maruz kalacak ve mağduriyeti daha da artacaksa öncelikle mağdurun güvenliği konusunda gerekli tedbirlerin alınması, bundan sonra suçun ihbar edilmesi gerektiği görüşündeyiz.

2.4.1.6. Uyuşturucu Madde Kullanma Suçu

Ceza Hukukunun en tartışmalı konularından birisi de uyuşturucu madde kullanmanın cezalandırılması gerekip gerekmediğidir. Uyuşturucu madde kullanan kişiyi cezalandırmak değil, onu tedavi etmek gerektiği görüşü öğretilmiş ve giderek taraftar toplamaktadır.³²⁹ 765 sayılı TCK 404. maddesinde uyuşturucu madde kullanma ya da kullanma amacıyla bulundurma suç olarak düzenlenmiştir.³³⁰ Ancak

³²⁸ y.a.g.e., s. 253.

³²⁹ Tezcan/ Erdem/ Önok, a.g.e., s. 529.; uyuşturucu madde kullananların cezalandırılmasından çok tedavisinde daha fazla toplumsal yarar olduğu, “müeyyide”nin kullanma suçunu önleyemediği ve problemi çözemediği kullanmaya sebebiyet veren faktörlere gitmede daha fazla sosyal yarar olduğu ileri sürülmüştür. H. Yılmaz Günel, **Uyuşturucu Madde Suçları**, Ankara 1976, s.146 v.d.

³³⁰ **Madde 404** (Değişik:06.06.1991-3756/7 md.)

1. Özel bir yer sağlayarak veya başka suretle bir kimsenin uyuşturucu madde kullanmasını kolaylaştıranlar ile bu maddeleri onsekiz yaşını bitirmeyen küçüklere veya aklen mamüllere veya müptela olan kişilere verenler hakkında 403. maddenin 5 ve 6 numaralı fıkralarında yazılı cezalar altıda biri oranında arttırılarak hükmolunur.

2. Uyuşturucu maddeleri kullananlar ile bu maksatla yanında bulunduranlara bir yıldan iki yıla kadar hapis cezası verilir.

3. Uyuşturucu madde kullanan kimse, hakkında bir tahkikata girilmeden resmi makamlara başvurarak tedavi ettirilmesini isteyecek olursa, kullanma fiilinden dolayı hakkında kovuşturma yapılmaz.

bu maddeyle ilgili olarak, doktrinde yoğun eleştiriler yapılmış ve eski (765) TCK'nın 530. maddesi gereğince uyuşturucu madde kullanan bir kişiyle karşılaşılması durumunda bu durumun ihbarının gerektiği, bu sebeple hastaların serbestçe hekime müracaat edip tedavi olmalarının engellendiği belirtilmiştir.³³¹

Akçasu'ya göre, 765 sayılı TCK'da uyuşturucu kullanılmasının suç olarak kabul edilmesi yanlıştır. Çünkü uyuşturucu kullanan kimse iptila derecesinde olmasa bile, hasta kabul edilmelidir. Akçasu, bu sebeple suçlu kabul edilecekleri için, uyuşturucu kullananların, tedavi amacıyla hekime müracaat etmediklerini, hekimlerin de bu kişileri ihbar etme zorunluluğu olması sebebiyle tedavi etmek istemediklerini belirtmiştir.³³²

Dinçmen'e göre, uyuşturucu bir maddeye alışma sonunda, ister yoksunluk arazı ortaya çıksın veya çıkmaz, bir kişi bir maddeyi aramak için büyük bir çaba sarf eder, bu çabanın içinde kendi fiziksel ve sosyal durumunu tehlikeye atmaktan çekinmezse, hatta etrafındakilerin ve sevdiklerinin sosyal durumlarını tehlikeye atacak derecede bu işe girişirse, maddeyi temin etmek için suç işlemekten çekinmezse, suç işlemiş ve hapse mahkum olmasına rağmen, çıktığında tekrar alışmış olduğu bu maddeyi kompulsif bir şekilde arar ve ne pahasına olursa olsun bu maddeyi elde etmeye çalışırsa o şahıs o maddeye karşı bağımlı olarak kabul edilir.³³³

4. Uyuşturucu maddeleri kullanan kimselerin alışkanlığı iptila derecesinde ise, salahlı tıbben anlaşılincaya kadar hastanede muhafaza ve tedavisine hükmolunur. Bu kimselerin hastanede muhafaza ve tedavilerine, yetkili Mahkemece tahkikatın her safhasında da karar verilebilir.

³³¹ Erhan Günay, **Uygulamalı Uyuşturucu Madde Suçları ve Cezaları**, Ankara 1997, s. 215 v.d.

³³² **I. Ulusal Adli Tıp Günleri**, 25-28 Haziran 1984, Panel ve Serbest Bildirileri, 2. Baskı, 1987, s.60

³³³ y.a.g.e., s. 49.

Yeni (5237) TCK'nın 191. maddesinde,³³⁴ uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılması suç olmaktan çıkarılarak, kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran kişinin cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Suçun maddi unsurunu oluşturan hareketler, uyuşturucu veya uyarıcı maddeyi kullanmak için “satın alma”, “kabul etme”, “bulundurma” veya “uyuşturucu veya uyarıcı madde etkisi doğuran bitkileri yetiştirme” biçiminde seçimlik olarak belirtilmiştir. Uyuşturucu veya uyarıcı maddenin ayrıca kullanılmış da olması durumunda, kullanmadan dolayı ceza verilmez; tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine hükmedilir, ancak satın alma, kabul etme ve bulundurmadan dolayı fail cezalandırılır. Bu ceza, failin tedavi ve denetimli serbestlik tedbirinin gereklerine uygun davranmaması durumunda infaz edilir.³³⁵

Kanaatimizce de böyle bir düzenleme oldukça yerinde olmuş, tıbben hasta olarak kabul edilen uyuşturucu ve uyarıcı madde müptelasının, doktora başvurarak tedavi olmasını engelleyecek nitelikteki eski düzenleme ile ilgili eleştiriler de bu şekilde bertaraf edilmiştir. Uyuşturucu madde kullanımının suç olmaktan çıkarılmış olmasının ikinci olumlu yanı da ihbar yükümlülüğüne tabi olmaktan çıkmasıdır.

³³⁴ **Madde 191-** (1) *Kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran kişi, bir yıldan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (Mülga ikinci cümle: 29/6/2005 – 5377/24 md.)*

(2) **(Değişik: 29/6/2005 – 5377/24 md.)** *Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi hakkında, tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine; kullanmamakla birlikte, kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran kişi hakkında, denetimli serbestlik tedbirine hükümlenir.*

(3) *Hakkında tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine hükmedilen kişi, belirlenen kurumda uygulanan tedavinin ve denetimli serbestlik tedbirinin gereklerine uygun davranmakla yükümlüdür. Hakkında denetimli serbestlik tedbirine hükmedilen kişiye rehberlik edecek bir uzman görevlendirilir. Bu uzman, güvenlik tedbirinin uygulama süresince, kişiyi uyuşturucu veya uyarıcı maddenin kullanılmasının etki ve sonuçları hakkında bilgilendirir, kişiye sorumluluk bilincinin gelişmesine yönelik olarak öğütte bulunur ve yol gösterir; kişinin gelişimi ve davranışları hakkında üçer aylık sürelerle rapor düzenleyerek hakime verir.*

(4) *Tedavi süresince devam eden denetimli serbestlik tedbirine, tedavinin sona erdiği tarihten itibaren bir yıl süreyle devam olunur. Denetimli serbestlik tedbirinin uygulanma süresinin uzatılmasına karar verilebilir. Ancak, bu durumda süre üç yıldan fazla olamaz.*

(5) *Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi hakkında kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmaktan dolayı hükümlenen ceza, ancak tedavi ve denetimli serbestlik tedbirinin gereklerine uygun davranmaması halinde infaz edilir. Kişi etkin pişmanlıktan yararlanmışsa, davaya devam olunarak hakkında cezaya hükümlenir.*

(1) *29/6/2005 tarihli ve 5377 sayılı Kanununun 23 üncü maddesiyle, bu maddenin ikinci fıkrası üçüncü fıkra, üçüncü fıkrası ise ikinci fıkra olarak değiştirilmiştir.*

³³⁵ Tezcan/ Erdem/ Önok, a.g.e., s. 530.

Böylelikle hem hasta sırrının ifşa edilmesi söz konusu olmayacak hem de kişilerin tedavi olması yolundaki bir engel ortadan kalkmış olacaktır.

2.4.1.7. Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun

Bu kanunun amacı³³⁶ “Sağlık Bakanlığı’nın pilot olarak belirleyeceği illerde, birinci basamak sağlık hizmetlerinin geliştirilmesi, birey ihtiyaçları doğrultusunda koruyucu sağlık hizmetlerine ağırlık verilmesi, kişisel sağlık kayıtlarının tutulması ve bu hizmetlere eşit erişim sağlanması amacıyla aile hekimliği hizmetlerinin yürütülebilmesini teminen görevlendirilecek veya çalıştırılacak sağlık personelinin statü ve mali hakları ile hizmetin esaslarını düzenlemek” olarak belirtilmiştir. Kanunun özelliği, aile hekimliği uygulamasına geçilen yerlerde her kişinin aile hekimine kaydının yapılması ve her tür sağlık sorununda bireyin, öncelikle aile hekimine müracaat etmesinin zorunlu olmasıdır. Aile hekimine kayıtlı olan azami 1000, asgari 4000 kişi acil haller dahil olmak üzere, öncelikle aile hekimine müracaat edecek, bundan sonra aile hekimi uygun gördüğü takdirde, kişiyi ikinci veya üçüncü basamağa sevk edecektir.

Bu kanunun ihbar yükümlülüğü açısından önemi şu noktada ortaya çıkmaktadır; aile hekimine hasta kayıtları coğrafi bölge ve ikametgah bazında yapılacaktır. Örneğin bir ilçenin, ortalama 2500-3000 kişilik (1000 ile 4000 kişi arasında) aynı mahallede veya birbirine yakın birkaç mahallede ikamet eden ferdi, aynı aile hekimine kaydedilecektir. Bu durumda aile hekimi kendisine kayıtlı kişileri tüm aileleri ve komşuları ile birlikte sürekli olarak muayene ve tedavi edecek, gerekirse bir üst basamağa sevk edecektir. Bu esnada bir suç belirtisi ile karşılaşılsa ne olacaktır?

³³⁶ Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkındaki bu kanun 09.12.2004 tarih ve 25665 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Sorunun iki boyutu bulunmaktadır. Birincisi, hekimin suçu ihbar etmesi halinde hastası ve hasta yakınları, komşuları ile arasında doğabilecek husumet, kendisine karşı yöneltilebilecek baskı ve tehditler açısından hekimin o bölgede hizmet vermeyi sürdürüp sürdüremeyeceği sorundur. Örneğin hekim kendisine kayıtlı bir kişiyi muayene ederken kişinin yaralandığını tespit edip bu durumu ihbar etse ve yaralanan kişi bir kavga sebebi ile suçun faili konumunda olsa, bu ihbardan sonra ihbar edilen suçun faili ve akrabalarının hekime karşı tutumu ne olacaktır?

Olayın ikinci boyutu meslek sırrı açısından oluşabilecek sorunlardır. Örneğin aile hekimi evlilik dışı bir ilişki sonrası hamile kalıp düşük yapan 15 haftalık bir gebe ile karşılaştığında, bu durumu ihbar ederse, hekimin hastasının sırrını açıklamış olması sebebi ile aynı muhitte ikamet eden diğer hastaları açısından da kendisine duyulan güven sarsılacak ve bundan sonra bu kişilerin, hekime karşı tutumu hiçbir zaman samimi olmayacaktır. Ayrıca ihbarda bulunduğu suçtan dolayı hastası çok daha mağdur duruma düşecektir.

Buraya kadar bahsettiğimiz tüm bu ihtimaller karşısında, yapılacak davranışın ne olduğu konusunda bizim de katıldığımız Korur Fincancı'nın görüşleri şöyledir:³³⁷ Suçların ve adli olguların bildiriminde zorunluluk olması, hekimlik uygulamalarında uyulması beklenen etik ilkeler ile bazı koşullarda çelişebilmektedir. Hasta hekim ilişkisi bir güven ilişkisidir. Güvene dayalı bu ilişkide de hasta mahremiyeti esastır. Hasta hekim ilişkisi içinde öğrenilmiş olan bilgilerin gizliliği çerçevesinde değerlendirildiğinde, suçların ve adli olguların bildiriminin zorunluluğu bir çelişki gibi görünmektedir. Bu çelişki farklı yasal düzenlemelerde de görülmektedir. Sağlık mevzuatında hasta mahremiyetini önceleyen bir yaklaşım söz konusu iken, TCK yeni düzenleme ile bildirim zorunlu tutmuş, CMK'nın 46. maddesi ise meslek ilişkisi içinde öğrenilen bilgiler için sağlık çalışanlarının tanıklıktan çekinebileceklerini düzenlemiştir. Hekimlerin ve tüm sağlık çalışanlarının etik ilkeler kapsamında birincil sorumluluğu hastasına karşıdır. Hastasına yararlı olmak ve zarar vermemek

³³⁷ Şebnem Korur Fincancı, "Adli Olguya Yaklaşım" *Audi Alterem Partem*, s. 92-103, in **Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi**, Editörler: Gürsel Çetin/Coşkun Yorulmaz, İstanbul 2006, s. 94-95.

üzerine kurulmuş olan hekimlik mesleğinde, çifte yükümlülükler, hekimin veya diğer sağlık çalışanlarının karar verme sürecinde güçlük yaşamasına yol açabilmektedir. Dünya Tabipler Birliği hekimlerin çifte yükümlülüğü ile ilgili temel ilkeleri belirlemiş ve bu ilkelerden en değişmeyeni hekimlerin uygulamalarının bağımsızlığı ve hastalarına olan sadakat borcu olmuştur. Bu ilkeye göre gizliliği korumak, hastanın bilgisi ve onayı olmadan hastaya ilişkin bilgileri açıklamamak hekimlerin genel görevlerinden biridir. Hekimler, tıbbi kayıtların gizliliğini sağlamakla yükümlüdürler.

2.4.2. Tanıklıktan ve Bilirkişilikten Çekinme

Tanık beş duyusu ile elde ettiği gözlemlerini hâkime anlatan kişidir. Ceza muhakemesi içinde tanık beyanları, hâkimin olayı aydınlatma ödevinin yerine getirilmesi için başvuru olan ispat vasıtalarından birisidir. Tanıklık toplumsal bir vazifedir. Her medeni toplum mensubu olan kişi bu toplumsal vazifeyi yerine getirmekle mükelleftir. Tanıklık aynı zamanda devlete karşı ifası gerekli bir vazifedir. Tanık olma sıfatına sahip herkes, kanunda ayrı tutulan durumlar hariç, bu görevi yerine getirmek zorundadır. Kanunda kimlerin tanıklıktan muaf tutulacağı tek tek sayılmıştır.³³⁸ Bunların dışındaki kimseler tanıklık yapmama durumunda müeyyideye tabi tutulmuşlardır.³³⁹

³³⁸ **Madde 46 – (1) Meslekleri ve sürekli uğraşları sebebiyle tanıklıktan çekinebilecekler ile çekinme konu ve koşulları şunlardır:**

a) Avukatlar veya stajyerleri veya yardımcılarının, bu sıfatları dolayısıyla veya yüklendikleri yargı görevi sebebiyle öğrendikleri bilgiler.

b) 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.

c) Malî işlerde görevlendirilmiş müşavirler ve noterlerin bu sıfatları dolayısıyla hizmet verdikleri kişiler hakkında öğrendikleri bilgiler.

(2) Yukarıdaki fıkranın (a) bendinde belirtilenler dışında kalan kişiler, ilgilinin rızasının varlığı halinde, tanıklıktan çekinemez.

Madde 70 – (1) Tanıklıktan çekinmeyi gerektirecek sebepler bilirkişiler hakkında da geçerlidir. Bilirkişi, geçerli diğer sebeplerle de görüş bildirmekten çekinebilir.

³³⁹ Cengiz Otacı, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklıktan Çekinme Hakkı”, **Adalet Bakanlığı Adalet Dergisi**, Yıl:92, Sayı:6, Ocak 2001, s. 55-56.

Feyzioğlu'na göre,³⁴⁰ beyanda bulunma zorunluluğunun istisnaları iki şekildedir; birincisi “çekinme zorunluluğu”, ikincisi “çekinme hakkı” olarak adlandırılır. Çekinme zorunluluğunda, beyandan çekinip çekinmemek konusunda tanığa herhangi bir takdir hakkı verilmemiş, çekinme yükümlüğü getirilmiştir. Çekinme hakkında ise tanığın beyandan çekinmek ya da çekinmemek konusunda takdir hakkı bulunmaktadır.

Mesleki sırlar nedeni ile tanıklıktan çekinme, çekinme zorunluluğu olarak kabul edilmektedir.³⁴¹ CMK'nın 46. maddesinde sadece “meslek”ten değil “sürekli uğraşı”dan da söz edilmektedir. Bu durumda “meslekleri ve sürekli uğraşları sebebiyle tanıklıktan çekinebilecekler” ifadesinden tanıklıktan çekinmenin ihtiyari değil zorunlu olduğu anlaşılmalıdır.³⁴² Mesleki sırlar nedeni ile tanıklıktan çekinme zorunluluğunun Anayasal temelini, özel hayatın gizliliğini bir temel hak olarak hükme bağlayan Anayasa'nın 20. maddesinin oluşturduğu belirtilmektedir.³⁴³ Kanun koyucunun sayılan meslek adamlarına çekinme zorunluluğu getirmesinin nedeni, sosyal gereklerle açıklanabilir. Böylelikle ihtiyaç sahibi kişilerin, sırlarının açıklanması korkusu taşımaksızın rahatlıkla müdafî, hekim ve ebelere (CMK'nın 46. maddesine göre avukat, stajyerler veya yardımcıları, hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları ve diğer bütün tıp meslek veya sanatlarının mensupları, mali işlerde görevlendirilmiş müşavirler ve noterler)³⁴⁴ başvurabilmeleri için gerekli güvenli bir ortam sağlanmıştır. Ancak kanunun, sırrı sadece sayılan meslek adamlarının müşteri ve hastalarının yararına koruma altına aldığı söylenemez. Kanun sırrı tevdi edenden ayrı olarak meslek sırrına özel bir önem vermiş ve sırrı tevdi eden, sır sahibinden başkası olsa dahi, onu korumuştur.

³⁴⁰ Metin Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık**, Ankara 1996, s. 156.

³⁴¹ Feyzioğlu, a.g.e., s. 156.

³⁴² Veli Özer Özbek, **CMK İzmir Şerhi, Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı (Gerekçeli-İçtihatlı)**, Ankara 2005, s. 175.

³⁴³ Feyzioğlu, a.g.e., s. 158.

³⁴⁴ CMK'nın bu şekilde meslekleri icabı bir takım bilgilere ulaşan ve çekinme zorunluluğu altında bulunan kimseleri, eski kanuna göre daha da genişletmiş bulunduğu görülmektedir. CMK'daki düzenlemede daha geniş olarak sayma yoluna gidilmiştir. Tanıklıktan çekinebilecek meslek gruplarının sayısının çoğaltılmış olması hususunda göz önünde tutulan ölçütün, “güven ilişkisi” olduğu 2004 CMUK tasarısı gerekçesinde ifade edilmiştir. Buna göre “orantılılık” ilkesi gereğince maddi gerçeğin ortaya çıkarılması hedefi ile güven ilişkisinin korunmasından doğan yarar tartılmış ve maddede kabul edilen hallerde güven ilişkisinin daha ağır bastığı kabul edilmiştir. Özbek, a.g.e., s. 176.

CMK'nın 46. maddenin (1) fıkrasının (b) bendinde "hastaları ve bunların yakınları hakkında öğrendikleri bilgiler" ifadesi kullanılarak sır sahibinin dışındaki yakınlar da korunmuştur.

Ancak bu kişilerin tanıklıktan çekinmesi her türlü durum bakımından değil, sadece meslekleri ve sürekli uğraşları icabı öğrenmiş oldukları bilgiler bakımındandır. Dolayısıyla "nispi" bir özellik taşır.³⁴⁵

Mesleği nedeniyle sanığın bir sırrına sahip olan meslek adamının, bir meslektaşına bu konuda bilgi vermesi halinde o kişi de meslek sırrı sahibi olacağından tanıklıktan çekinme onun için de söz konusu olacaktır.³⁴⁶

"Meslek ve sürekli uğraş" dan anlaşılması gereken kişilerin hayatlarını kazanmak için yaptıkları faaliyettir.³⁴⁷ Ancak hekimlikle uğraşmayan "hekim"de herhangi bir nedenle, örneğin acil bir durumda hastayı muayene ve/veya tedavi etse, hukuken yaptığı iş mesleğin icrasıdır. Bu durumda emekli veya müstafi hekim veya sağlık personeli sır sahibi hasta izin vermediği sürece tanıklıktan çekinmek zorundadır.³⁴⁸ Bu durum hak ve menfaatler dengesine de uygundur. Kişinin hekime başvurması onun yaşama, maddi varlığını koruma ve sağlık hakkı ile ilgilidir.³⁴⁹

Sırrın meslek sahibi tarafından çekinme zorunluluğu olmayan birine açıklanması, bu kişiye herhangi bir çekinme zorunluluğu getirmez.³⁵⁰

CMK'nın 46. maddesinde avukatlar, stajyerler ve yardımcıları dışındaki maddede sayılan meslek mensuplarının, eğer ilgili kişi tanıklık yapılması konusunda rıza gösterirse, tanıklık yapmak zorunda olacakları belirtilmiştir.

³⁴⁵Özbek, a.g.e., s. 175.

³⁴⁶ Feyzioğlu, a.g.e., s. 159.

³⁴⁷ Donay, a.g.e., s. 7.

³⁴⁸ Feyzioğlu, a.g.e., s. 161, dn:365

³⁴⁹ Köksal Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu** (Doktora Tezi), İstanbul 1972, s. 12-13.

³⁵⁰ Feyzioğlu, a.g.e., s. 159.

Doktrinde birçok yazara göre yeni TCK'daki 280. maddede sağlık mesleği mensuplarına görevlerini yaptıklarını sırada karşılaştıkları suçlu bildirme yükümlülüğü getirilmesi ile CMK'nın 46. maddesi uyarınca tanıklıktan çekinme arasında çelişki bulunmaktadır.³⁵¹ Tanıklıktan çekinme zorunluluğunun düzenlenmesinin temel amacı, yukarıda da belirtildiği gibi hasta-hekim veya sağlık personeli arasındaki güven ilişkisinin, hasta mahremiyetinin³⁵² ve hastanın yaşam ve sağlık hakkının korunmasıdır.

CMK'nın 70.maddesinde tanıklıktan çekinmeyi gerektirecek sebeplerin bilirkişiler hakkında da geçerli olduğu düzenlenmiştir. Bilirkişilikten çekinme aslında bir haktır.³⁵³ Meslek ve sürekli uğraşı sebebiyle de bilirkişilikten çekinmek mümkündür. Ancak CMUK'a göre belirtilen bu kişiler CMK'da önemli oranda genişlemiştir. Tıpkı tanıklıktan çekinmede olduğu gibi hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları ve diğer bütün tıp ve meslek veya sanatları mensupları bu sıfatları dolayısıyla hastaları ve bunları yakınları hakkında öğrendikleri bilgiler sebebiyle bilirkişilikten çekinebilirler.³⁵⁴

³⁵¹ Özbek, a.g.e., s. 178; Otacı, a.g.e., s. 66; Korur Fincancı, a.g.e., s. 94; Erem, a.g.e., s. 2580; Savaş/ Mollamahmutoğlu, IV. Cilt, a.g.e., s. 5938; Türk Tabipleri Birliği, **Türk Ceza Kanunu Değişiklikleri/Sağlıkla İlişkisi**, s. 24; Yahya Deryal, "Hekimin "İhbar" Yükümlülüğü ve Yeni Ceza Kanunu", Erişim: 11.06.2006, www.medikalbakis.net, s. 3.

³⁵² Tanıklıktan çekinme zorunluluğunun ihlal edilmesi hekim için ayrıca tıbbi etik ilkelerin de ihlalini doğurmaktadır. Türk Tabipleri Birliği Yüksek Onur Kurulu'nun dosyalarındaki bir olguda benzer bir durum oluşmuştur: Aynı hastanede çalışan iki hekimden psikiyatrist olana diğer hekim bazı psikolojik sorunları nedeniyle başvurmuş ve kendisine tüm ayrıntıları ile sorunlarını açıklamıştır. Ancak bir süre sonra hasta olarak başvuran hekimin eşi kendisinden boşanmak üzere dava açmıştır. Bu davada psikiyatrist olan hekimin tanık olarak dinlenmesi talep edilmiştir. Psikiyatrist olan hekimin yasal olarak tanıklıktan çekinmesi zorunlu olduğu halde mesleği gereği öğrendiği hastasının sırlarını mahkemede açıklamış ve ayrıca açılan bir başka davada hastası olan hekimin sekreteri ile ilişkisi olduğunu, eşinden ayrılıp sekreteri ile birleşeceğini, tutarsız davranışları olduğunu açıklamıştır. Yüksek Onur Kurulu bu durumu hasta haklarının ihlali kabul etmiş ve psikiyatrist hekime 15 gün meslekten alıkoyma ceza vermiştir. Nakleden Civaner/Amato Okuyan, a.g.e., s. 115.

³⁵³ Özbek, a.g.e., s. 235.

³⁵⁴ y.a.g.e., s. 235.

2.5.SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

2.5.1.Teşebbüs

Gerçek ihmali suçlar, dolayısıyla suçu bildirmeme suçu teşebbüse elverişli değildir.³⁵⁵ Gerçek ihmali suçlarda teşebbüsün mümkün olmamasının nedeni, netice ile hareketin bitişik olmasıdır. Suçun maddi unsuruna dahil unsurlar parçalara ayrılmadığından, teşebbüs olanaklı değildir.³⁵⁶ Bir sağlık mesleği mensubunun görevini yaparken öğrenmiş olduğu bir suçu ihbar etmemesinde, hareketin yapılmaması demek neticenin de meydana gelmesi demektir. “Bu neticeler tahakkuk etmeden ihbar edilmediğini söylemeye imkan olmadığından, bu suçlarda ancak tamamlanma hali söz konusudur.” Zira hareket emrinin yerine getirilmesindeki her tereddüt tamamlanma demektir.³⁵⁷ Ne tam ne de eksik teşebbüs düşünülemez. Eski İtalyan öğretisinde de ağırlıklı görüş, bu suç tipinde teşebbüsün olamayacağı yönündedir.³⁵⁸

Öğretide gerçek ihmali suça teşebbüsün mümkün olup olmadığı hususunda önceden kesin bir kural konulmaması gerektiği de savunulmaktadır. Eğer ihmali bir suç, failin kanunun emrettiği hareketi yapması bakımından bir zaman aralığına müsait değilse, failin ihmali ile birlikte suç tamamlanmış olur ve dolayısıyla bu tür suçlar teşebbüse elverişli değildir. Buna karşılık ihmali suç, failin gerçekleştirmekle yükümlü olduğu hareketi yapması için bir zaman aralığına müsaitse, bu tür ihmali suçlara teşebbüs mümkündür.³⁵⁹

Alman öğretisinde “planlanan suçları ihbar etmeme”suçunun düzenlendiği 138.maddede kullanılmış bulunan “zamanında” ifadesi dolayısıyla bu suç bakımından teşebbüsün mümkün olduğu kabul edilmektedir. Burada teşebbüs ile tamamlanma arasındaki zaman aralığı ise “gecikmeksizin” ile “zamanında” arasında

³⁵⁵ Arslan/Azizağaoğlu, a.g.e., s. 1124.

³⁵⁶ Artuk /Gökçen /Yenidünya, 2002, s. 493.

³⁵⁷ Kunter, a.g.e., s. 55.

³⁵⁸ Kunter, a.g.e., s. 55., dn:116.

³⁵⁹ Hakeri, a.g.e., s. 264.

bulunan zaman aralığıdır. Fail suçun öğrenilmesinden itibaren “gecikmeksizin” olarak kabul edilebilecek bir ana kadar teşebbüs aşamasındadır.³⁶⁰

Doktrinde bizim de katıldığımız görüşe göre, 5237 sayılı TCK’nın 280.maddesinde “durumu yetkili makamlara bildirmeyen veya bu hususta gecikme gösteren” denilmekte ancak gecikmenin ne zaman oluşacağına dair bir süre belirtilmemektedir. Bu sebeple bu suça teşebbüsün mümkün olamayacağı kabul edilmektedir.³⁶¹

2.5.2.İştirak

Ceza Kanunları, genellikle suçun yalnızca tek bir kişi tarafından işlenebileceği varsayımından hareketle suç tipini düzenler. Oysa günlük yaşamda genellikle suçlar birden fazla kişinin, farklı ağırlıktaki katkılarıyla gerçekleştirilir. Bu durumda suça iştirak eden kişilerin cezalandırılmasında iki sistem bulunmaktadır. Teklik sistemi, tipikliğin gerçekleşmesinde aldıkları role bakılmaksızın tüm kişilerin suçun tam cezası ile cezalandırılmasını öngörürken ikilik sistemi ise aldıkları role göre suça katılan kişiler arasında bir ayırım yapar; bunlardan bazılarını suçun tam cezası ile cezalandırırken bazıları için indirilmiş ceza öngörür. Yeni TCK’da, eski TCK’da olduğu gibi ikilik sistemi benimsenmiş, tipiklik düzeyinde fail ve suç ortaklığı ayırımına gidilmiştir.³⁶²

Suçta iştirak, faillik yanında suç ortaklığını (şerikliği) da içeren üst bir kavramdır. Faillik de kendi içinde tek başına faillik, birlikte faillik, dolaylı faillik ve yan faillik olarak dörde; suç ortaklığı ise azmettirme ve yardım etme olarak ikiye ayrılır. Birden fazla kişinin tipikliğin gerçekleşmesine katılması durumunda önce faillik ve suç ortaklığı birbirinden ayrılmalı ve daha sonra da faillik ve suç ortaklığı içerisinde bunun görünüş biçimi belirlenmelidir. Buna karşılık tipe uygun olabilmesi için ancak birden fazla kişinin fail olarak bulunması gereken suçlara çok failli suçlar denir. Örneğin suç işlemek amacıyla örgüt kurma ve rüşvet suçları gibi. Çok failli

³⁶⁰ Maihofer’dan nakleden Hakeri, a.g.e., s. 264.-265, dn:364.

³⁶¹ Arslan/Azizağaoğlu, a.g.e., s. 1124; Artuk/Gökçen/Yenidünya, 2005, s. 808.

³⁶² Öztürk/Erdem, 2005, a.g.e., s. 232.

suçların tek fail tarafından işlenebilmesi olanaksızdır; çünkü aksi takdirde tipiklik unsuru gerçekleşmiş olmaz. Ancak, tek failli suçların birden fazla failin birleşmesiyle işlenmesi mümkündür. İşte tipikliğe göre tek bir fail tarafından işlenebilen bir suçun birden fazla kimse tarafından, işbirliği yaparak işlenmesine suçta iştirak denir.³⁶³

5237 sayılı TCK'da yeni yapılan düzenleme ile iştirak şekilleri fiilin işlenişi üzerinde kurulan hakimiyet ölçü alınarak belirlenecektir. Fiile egemenlik teorisine göre, somut fiilin gelişiminde “ baş aktör” olanlar fail, yardımcı rol alanlar yardım edendir. Fiile egemenlik çerçevesinde harekete egemenlikte, suçu bizzat işleyen ve böylece kendi davranışı ile tipik olayı dizginleyebilme durumunda olan kişi hareket egemenliğine sahiptir(doğrudan fail). İradeye egemenlikte, suçu bir başkası aracılığı ile işleyen, üstün irade ile onu yönlendiren kişi irade egemenliğine sahiptir (dolaylı fail). Fonksiyonel egemenlikte, fiili bir başkasıyla birlikte işleyen ve tipikliğin gerçekleşmesine aktif olarak katkıda bulunan kişi fonksiyonel egemenliğe sahiptir (birlikte fail). Suça katılan kişi, bunlardan hiçbirine göre fiil üzerinde egemenlik kurmuş değilse, yardım etme söz konusudur. Yeni TCK'nın 37. maddesinde herhangi bir fail tanımı yapılmamış, yalnızca birlikte faillik ve dolaylı failliğe yer verilmiştir.³⁶⁴

2.5.2.1.Faillik Türleri

2.5.2.1.1.Doğrudan (Tek Başına) Faillik

Doğrudan (tek başına) fail, davranışı ile tipikliğin tüm objektif ve subjektif unsurlarını bizzat gerçekleştiren kişidir. Ortak suç işleme kararına dayanarak hareket etmekle birlikte, birden fazla kişiden her biri tipikliğin tüm objektif ve subjektif unsurlarını bizzat gerçekleştirmiş ise, aralarında herhangi bir iş bölümü bulunmadığından, birlikte faillikten değil, doğrudan faillikten söz edilir.³⁶⁵

³⁶³ Öztürk/Erdem, 2005, a.g.e., s. 233.

³⁶⁴ y.a.g.e., s. 234-235.

³⁶⁵ Öztürk/Erdem, 2005, a.g.e.,s. 235.

Örneğin acil serviste yaralı bir hastayı tedavi eden doktor ve hemşirenin ortak karar alarak suçu ihbar etmemeleri durumunda ne olacaktır? Erem'e göre muayene ve tedavi birden fazla kişi tarafından yapılmış ise, hepsi ihbar yükümlülüğü taşımaktadır.³⁶⁶ Dolayısıyla bu durumda hemşire ve doktorun, birlikte fail olmayıp, doğrudan fail oldukları, her birinin ayrı ayrı ihbar yükümlülüğü bulunduğu kanaatindeyiz.

Ayrıca iştirakte bağıllık kuralı düzenlenmiştir. Özel faillik niteliğinin arandığı suçlarda, yani özgü suçlarda, hareketi yapan kişinin tipiklikte yer verilen özel sıfatı, bu sığata sahip olmayan kişilerin suçun faili olmasını önlemektedir. Ancak bu niteliğe sahip olan kişiler fail olabilir. Örneğin 280. maddedeki suçı bildirmeme suçunun faili ancak sağlık mesleği mensubu olabilir. Özel faillik niteliği taşımayan kişiler, özgü suçta iştirak etmeleri halinde, ancak azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu olurlar.³⁶⁷

Artuk/Gökçen/Yenidünya suçı bildirmeme suçuna, özgü suçta iştirak kuralları çerçevesinde iştirakin mümkün olacağını, Arslan/Azizağaoğlu'da iştirak ile ilgili özel bir hüküm öngörülmediğini ancak kanunun 40/2.maddesindeki ayrık hal dışında suçta iştirakin mümkün olduğunu belirtmektedirler.³⁶⁸

2.5.2.1.2. Birlikte (Müşterek) Faillik:

Yeni TCK'nın 37/1. maddesine göre, suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur. Birlikte faillik, aynı fiilin işlenmesinde birden fazla kişinin bilerek ve isteyerek bir araya gelmesidir. Birlikte faillikten söz edebilmek için, birden fazla kişinin işbirliği ve fiile olan katkının karşılıklı olarak faillere isnad edilebilmesi aranır. Birlikte faillikte, ortak karara dayanarak bir araya gelen birden fazla kişinin, suç tipinin gerçekleşmesi sonucuna yol açan değişik katkılarda bulunması söz konusudur. Fiile ilişkin birlikte

³⁶⁶ Erem, a.g.e., s. 2582.

³⁶⁷ Öztürk/Erdem, 2005, a.g.e.,s. 236.

³⁶⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya, 2005, s. 809; Arslan/Azizağaoğlu, a.g.e., s. 1124.

karar alma (subjektif unsur) ve fiili birlikte işleme (objektif unsur) koşullarının her ikisinin de bulunması gereklidir.³⁶⁹

Hakeri, öğretide bütün faillerin müşterek bir yükümlülüğe sahip olduğu ve hepsinin aynı anda harekete geçme durumunda olduğu hallerde, müşterek ihmali faillğe bir fonksiyon yüklenebileceğinin savunulduğunu belirtmektedir.³⁷⁰

Kanaatimizce sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmeme suçunda, birlikte faillik söz konusu olamaz. Çünkü bu suçta her bir sağlık mesleği mensubunun ayrı ayrı suçu bildirme yükümlülüğü bulunmaktadır. Suçun bildirilmemesi fiilinin işbirliği içinde, birbirini tamamlayan hareketlerle işlenmesi mümkün olamayacağından her bir sağlık mesleği mensubu suçu bildirmediği takdirde, doğrudan fail olacaktır.

2.5.2.1.3. Dolaylı Faillik:

Yeni TCK'nın 37/2. maddesine göre, suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur. Suçun işlenmesinde irade egemenliği sayesinde bir başka kişiden araç olarak yararlanan dolaylı fail, genel plan çerçevesinde tipikliğin gerçekleşmesi için zorunlu olan davranışı bir başkasına yaptırdığı için sorumlu tutulmaktadır. Bu nedenle suç tipini kasten hukuka aykırı ve kusurlu olarak bizzat gerçekleştiren kişi dolaylı değil, doğrudan faildir. Dolaylı faillik ise araç olarak kullanılan kişinin; tipe uygun, hukuka aykırı veya kusurlu hareket etmemiş olmasını gerektirir. Bunun sonucu olarak da araç olarak kullanılan kişi tipikliği objektif ve subjektif unsurlarını ve ayrıca hukuka aykırılık ve kusurluluğu bizzat gerçekleştirmiş ise kural olarak dolaylı faillikten söz edilemez.³⁷¹

Bizzat işlenebilen suçlar ile suç tipinde failin belirli sığata sahip olmasının arandığı suçlar (özgü suçlar) bakımından dolaylı faillik söz konusu olamaz. Bundan

³⁶⁹ Öztürk/Erdem, 2005, a.g.e.,s. 236.

³⁷⁰ Hakeri, a.g.e., s. 282.

³⁷¹ Öztürk/Erdem, 2005, a.g.e.,s. 239.

başka ihmal suretiyle de dolaylı faillik mümkün değildir.³⁷² Biz de sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmemesi suçunun, hem özgülü suç olması hem de gerçek ihmali suç olması sebebiyle bu suçta dolaylı failliğin mümkün olamayacağı düşüncesindeyiz.

2.5.2.1.4. Yan Faillik:

Birden fazla kişi dolaylı fail, birlikte fail veya suç ortaklığı olmaksızın bir suç tipini gerçekleştirirse yan faillikten söz edilir. Yan faillikte birden fazla kişi birbirinden bağımsız olarak tipikliğin gerçekleşmesine katkıda bulunmaktadır. Yan faillik özellikle taksirli suçlar özel bir rol oynamaktadır.³⁷³

2.5.2.2.Şeriklik (Suç ortaklığı)

Başkasının fiiline katılma anlamında suç ortaklığı, azmettirme ve yardım biçiminde mümkündür. Azmettiren, suçun tam cezasıyla cezalandırılırken yardım eden açısından bir ceza indirimi öngörülmektedir. Bununla birlikte azmettirenin suçun tam cezasıyla cezalandırılıyor olması, onun fail sayılmasını gerektirmez. Çünkü azmettiren iştirake bağlılık kuralı gereğince, başkası tarafından bir suçun işlenmesi koşuluna bağlı olarak sorumlu tutulmaktadır.³⁷⁴

2.5.2.2.1. İhmali Bir Suça Azmettirme

Hareketsiz kalmak, kural olarak suç işleme düşüncesi uyandırmaya yol açmayacağı için, ihmali hareketle azmettirme söz konusu olamaz ise de; ister gerçek, ister görünüşte olsun ihmali bir suçun işlenmesine azmettirme mümkündür.³⁷⁵ Bir kimseyi bir hareketi yapmamaya ikna etmek suretiyle, hareketsizliğe azmettirme mümkündür. Örneğin, bir doktorun, görevini yaparken karşılaştığı suç belirtisini, başhekimin (suç belirtisini görmeyen ve hastayı muayene ve tedavi etmeyen) emrine

³⁷² Öztürk/Erdem, 2005, a.g.e.,s. 241.

³⁷³ y.a.g.e.,s. 241.

³⁷⁴ y.a.g.e.,s. 242.

³⁷⁵ Öztürk/ Erdem, 2005, a.g.e., s.244.

uyarak ihbar etmemesi durumunda emri veren başhekim azmettiren sıfatıyla iştirak etmiş olur.³⁷⁶ Azmettirilenin neticeyi önleyecek harekete yönelik bir yükümlülüğünün bulunmaması halinde, tipik asıl hareketin olmaması dolayısıyla tipik bir azmettirme de yoktur.³⁷⁷ Yukarıdaki örnekte eğer doktor, bir suç işlemesi sonucunda yaralanması nedeniyle kendi babasını tedavi etmişse, artık doktorun kendi yakınına ihbar etme yükümlülüğü bulunmayacağından, Başhekimin ihbar etmemesi yönünde kendisine emir vermesi de azmettirme sayılmayacaktır.

İhmal suretiyle iştirak tek ve aynı sonucun bir yandan bir hareket eden tarafından gerçekleştirilmesi ve aynı anda bir ihmal eden tarafından da önlenmediği hallerde söz konusu olmaktadır.³⁷⁸

Hakeri, gerçek bir ihmalin azmettirme için yeterli olmadığını, kanunun azmettirmede aradığı koşulların ihmal suretiyle azmettirmede bulunmadığını, bir kimseyi ihmali tutum takınarak bir suç işlemek hususunda ikna etmenin olanaklı olmadığını savunmaktadır. Azmettirenin faili etkilemek hususunda aktif bir tavır alması gerekir. İhmali bir hareketle, hiçbir şey yapmamak suretiyle bir kimseyi gerçek ihmali bir suça azmettirmek bu nedenle olanaklı değildir.³⁷⁹

Kanaatimizce yukarıdaki örnekte olduğu gibi, sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmemesi suçuna icrai bir hareketle azmettirme mümkünken, ihmali bir hareketle azmettirme mümkün görünmemektedir.

2.5.2.2.2. İhmali Bir Suça Yardım

İhmale aktif hareket ile yardım, hâkim görüş tarafından mümkün görülmemektedir.³⁸⁰ Yardımın kural olarak manevi yardım şeklinde mümkün olacağı kabul edilmektedir. Bu da genelde failde esasen mevcut olan hareketsiz kalma

³⁷⁶ Erman/Özek, 1992, s. 182.

³⁷⁷ Jakobs'dan nakleden Hakeri, s. 287, dn:498.

³⁷⁸ Grünwald,' den nakleden Hakeri, s. 289.

³⁷⁹ Hakeri, a.g.e., s. 290.; Öztürk/ Erdem, 2005, a.g.e., s.247.

³⁸⁰ Nakleden Hakeri, a.g.e., s. 288.

kararını manevi olarak kuvvetlendirme suretiyle kendini gösterir. Bununla beraber Hakeri'ye göre maddi yardım da mümkündür.³⁸¹

İhmali hareketle azmettirme mümkün olmadığı halde, yardım olabilirse de; bunun için yardım edenin neticeyi önleme hukuki yükümlülüğü altında bulunması (garantör olması) aranır. Buna karşılık icrai bir hareketle ihmali bir suça yardım mümkündür.³⁸² Örneğin kendi fiili sonucu düşük yapmakta olan 15 haftalık bir gebeyi görüp muayene eden ebenin, bu suçu ihbar etmemesi için köy muhtarının onu yüreklendirmesi veya teşvik etmesi gibi.

Dolayısıyla sağlık mesleği mensubu olmayan bir kişinin ihmali tutum takınarak, faili suçu bildirmemek konusunda ikna etmesi olanaklı görünmemektedir.

2.5.3. İçtima

Bir araya gelen suçların hepsi ihmali suç olabileceği gibi bir kısmı ihmali, bir kısmı icrai suç olabilir.

2.5.3.1. Birden Fazla İhmali Suçun İçtimaı

İhmali suçlarda bazen ihmalin tek mi birden fazla mı kabul edileceği bakımından güçlüklerle karşılaşılabilir. Örneğin karşılıklı kavga sonucu gelen dört yaralının dördünü de hekimin ihbar etmemesi durumunda dört ayrı suç mu oluşacaktır? Yeni (5237) TCK'nın 280. maddesinde sağlık mesleği mensubunun bir suç belirtisi ile karşılaşmasından bahsedilmektedir. Bu suç belirtisi her hasta için ayrı ayrı mı değerlendirilecek, yoksa her suç için ayrı ayrı mı değerlendirilecektir? Bazı durumlarda bir hasta üzerinde birden fazla suç belirtisi bulunabilir. Örneğin 17 yaşında bir kız hem cinsel bir saldırı sonrası hamile kalmış olabilir hem de bu hamileliği sonlandırmak üzere kendisine bazı müdahalelerde bulunmuş ve düşük başlatmış olabilir. Bu durumda hekim tek bir suçu mu yoksa her iki suçu ayrı ayrı mı

³⁸¹ Hakeri, a.g.e., s. 288.

³⁸² Öztürk/ Erdem, 2005, a.g.e., s.247.

ihbar edecektir? Ya da aynı nöbet günü içinde farklı zamanlarda gelen 3 vakanın üçünü de ihbar etmeyen doktor kaç defa suç işlemiş olacaktır?

Türk Hukuku'nda neticenin sayısının esas alınması gerektiği savunulmakta ve neticenin bir tane olmadığı hallerde, eylemin de birden çok olduğunun kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Gerçek ihmali suçlarda ise gerçek içtimanın ancak, failin birden fazla hareket yükümlülüğünü yerine getirmediği, bu farklı hareket yükümlülükleri bir biri ardına yerine getirilebilecek olduğu takdirde söz konusu olacağı belirtilmektedir.³⁸³

Failin tek bir suç işleme kararıyla birden fazla olaya yönelik olarak ihmali tutum takınması durumunda müteselsil suç oluşur. Yargıtay'ın bir kararında³⁸⁴ “*Sanığın Yargıtay'dan gelen dosyaların esasını kapatmama, bir kısım belgeleri dosyalarına yerleştirmeme ve temyiz dilekçeleri ile ilgili işlem yapmama şeklinde aynı nitelikteki, 1991-92 yılları içinde süre gelen bir suç işleme kararının icrası cümlesinden olarak yasanın aynı hükmünün ihlâli niteliğinde bulunduğu kabul edilen eylemleri için TCY'nin 230. ve 280. maddelerinin*” uygulanması uygun görülmüştür.

Durumu suçu bildirmeme suçu açısından ele alacak olursak, failin aynı suç işleme kararı ile hareket ederek, birden fazla suçu öğrenip de merciine ihbar etmemesi halinde müteselsil suç hükümleri uygulanır.³⁸⁵ Ancak birden fazla suçun ayrı suç işleme kararları ile hareket ederek bildirilmemeleri halinde hepsi birer ayrı suçu oluşturmaktadır.³⁸⁶ Örneğin gün içinde farklı zamanlarda acil servise gelen üç vakanın ayrı suç işleme kararları ile ihbar edilmemeleri gibi.

2.5.3.2. Birden Fazla İhmali ve İcrai Suçun İçtimai

Her icrai ve ihmali davranış tek başına suç niteliği arz ediyorsa ve ikisi de kasti ise bu takdirde fail her iki suçtan dolayı sorumlu olacaktır. Örneğin kamu

³⁸³ Hakeri, a.g.e., s. 302.

³⁸⁴ 4.C.D., 3.5.1994, 942/3887, İsmail Malkoç / Mahmut Güler, **Uygulamada Türk Ceza Kanunu, Genel Hükümler C I**, Ankara 1999, s. 607.

³⁸⁵ Artuk/Gökçen/Yenidünya, 2005, s. 809

³⁸⁶ Evliyaoğlu, a.g.e., s. 565.

görevlisi sağlık mesleği mensubunun menfaat karşılığında ihbarda bulunmaması ihtimalinde, hem rüşvet alma (TCK m.252) hem de yeni (5237) TCK'nın 280. maddesindeki suç oluşur.³⁸⁷

2.6.NİTELİKLİ HALLER

Bu suça özgü, herhangi bir ağırlatıcı veya hafifletici sebep öngörülmemiştir.

2.7. MÜEYYİDE VE KOVUŞTURMA

Suçun müeyyidesi bir yıla kadar hapistir. Alt sınır belirtilmediğine göre 1 aydan başlatılacaktır.³⁸⁸ 5237 sayılı TCK'nın 49. maddesinin (1.) fıkrasına göre “sürelî hapis cezası, kanunda aksi belirtilmeyen hallerde bir aydan az, yirmi yıldan fazla olamaz” bu sebeple alt sınır bir aydan başlatılacaktır.

Gerek kamu görevlisi sağlık mesleği mensubunun, gerekse serbest çalışan sağlık mesleği mensubunun görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşması halinde öğrendiği suçu bildirmesi adli göreve ilişkin bulunduğundan, sağlık mesleği mensubu hakkındaki soruşturma genel hükümlere göre yapılır. 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri uyarınca soruşturma izni alınmasına gerek bulunmamaktadır.³⁸⁹ Kovuşturma re'sen yapılır.³⁹⁰ Görevli Mahkeme Sulh Ceza Mahkemesidir.

³⁸⁷ Evliyaoğlu, a.g.e., s. 564; Erem, C:II, a.g.e., s. 1364; Artuk/Gökçen/Yenidünya, 2005, s. 809, Savaş/Mollamahmut Oğlu, a.g.e., s. 2489.

³⁸⁸ Arslan/Azizağaoğlu, a.g.e., s. 1124.

³⁸⁹ Yargıtay önceleri memurun (kamu görevlisinin) suç bildirimi yükümlülüğünün idari göreve ilişkin olduğunu kabul etmiş ise de, daha sonraki kararlarında adli görev niteliğinde olduğunu benimseyerek soruşturmanın genel hükümlere göre yapılması gerektiğini açıklamıştır. Evliyaoğlu, s. 565.

³⁹⁰ CMK'nın “Cumhuriyet Savcısının görev ve yetkileri” başlıklı 161. maddesinin 5.fıkrasında “*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 yapmaktan kötüye kullanma ve ihmalleri görülen kolluk amir ve memurları hakkında Cumhuriyet Savcılarınca doğrudan doğruya soruşturma yapılır...*”denilmektedir.

Yapılan yargılama neticesinde, sağlık mesleği mensubunun, hapis cezasına mahkum edilmesi halinde, yeni (5237) TCK'nın 53.maddesi³⁹¹ doğrultusunda hak yoksunluklarına tabi olup olmayacağı konusunda ise, madde metninden, söz konusu hak yoksunluklarının, kural olarak “kasten” işlenen bir suçtan dolayı “hapis cezasına” mahkumiyet durumunda ortaya çıkacağı anlaşılmaktadır. Bu maddenin 2. fıkrasına göre kişi, işlemiş bulunduğu suç dolayısıyla mahkum olduğu hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar bu hakları kullanamaz. Bu hak yoksunlukları 53. maddenin 1. fıkrasında 5 bent halinde sayılmıştır:

a) Sürekli, süreli veya geçici bir kamu görevinin üstlenilmesinden; bu kapsamda, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliğinden veya Devlet, il, belediye, köy veya bunların denetim ve gözetimi altında bulunan kurum ve kuruluşlarca verilen,

³⁹¹ **Madde 53-** (1) Kişi, kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak;

a) Sürekli, süreli veya geçici bir kamu görevinin üstlenilmesinden; bu kapsamda, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliğinden veya Devlet, il, belediye, köy veya bunların denetim ve gözetimi altında bulunan kurum ve kuruluşlarca verilen, atamaya veya seçime tabi bütün memuriyet ve hizmetlerde istihdam edilmekten,

b) Seçme ve seçilme ehliyetinden ve diğer siyasi hakları kullanmaktan,

c) Velayet hakkından; vesayet veya kayımlığa ait bir hizmette bulunmaktan,

d) Vakıf, dernek, sendika, şirket, kooperatif ve siyasi parti tüzel kişiliklerinin yöneticisi veya denetçisi olmaktan,

e) 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 etmektен, Yoksun bırakılır.

(2) Kişi, işlemiş bulunduğu suç dolayısıyla mahkûm olduğu hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar bu hakları kullanamaz.

(3) Mahkûm olduğu hapis cezası ertelenen veya koşullu salıverilen hükümlünün kendi altsoyu üzerindeki velayet, vesayet ve kayımlık yetkileri açısından yukarıdaki fıkralar hükümleri uygulanmaz. Mahkûm olduğu hapis cezası ertelenen hükümlü hakkında birinci fıkranın (e) bendinde söz konusu edilen hak yoksunluğunun uygulanmamasına karar verilebilir.

(4) Kısa süreli hapis cezası ertelenmiş veya fiili işlediği sırada onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında birinci fıkra hükmü uygulanmaz.

(5) Birinci fıkrada 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 dolayısıyla sadece adli para cezasına mahkûmiyet halinde, hükümde belirtilen gün sayısının yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir. Hükümün kesinleşmesiyle icraya konan yasaklama ile ilgili süre, adli para cezasının tamamen infazından itibaren işlemeye başlar.

(6) Belli bir meslek veya sanatın ya da trafik düzeninin gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla işlenen taksirli suçtan mahkûmiyet halinde, üç aydan az ve üç yıldan fazla olmamak üzere, bu meslek veya sanatın icrasının yasaklanmasına ya da sürücü belgesinin geri alınmasına karar verilebilir. Yasaklama ve geri alma hükmün kesinleşmesiyle yürürlüğe girer ve süre, cezanın tümüyle infazından itibaren işlemeye başlar.

atamaya veya seçime tabi bütün memuriyet ve hizmetlerde istihdam edilmekten yoksun bırakılma,

b) Seçme ve seçilme ehliyetinden ve diğer siyasi hakları kullanmaktan yoksun bırakılma,

c) Velayet hakkından; vesayet veya kayyımlığa ait bir hizmette bulunmaktan yoksun bırakılma,

d) Vakıf, dernek, sendika, şirket, kooperatif ve siyasi parti tüzel kişiliklerinin yöneticisi veya denetçisi olmaktan yoksun bırakılma,

e) 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 bırakılma.

Cezanın infazı tamamlandıktan sonra, söz konusu hak yoksunlukları, başkaca bir işleme gerek kalmaksızın kendiliğinden ortadan kalkar.³⁹² Yeni (5237) TCK'nın 50. maddesine göre, kısa süreli hapis cezası (1 yıl veya daha az), adli para cezasına çevrildiği takdirde artık hak yoksunluğu gündeme gelmez.³⁹³ Yeni TCK'nın 53/4. maddesine göre, kısa süreli hapis cezasının ertelenmesi halinde de, hak yoksunlukları ile ilgili madde hükmü uygulanmayacaktır.

Yeni (5237) TCK'nın 53. maddesinin 6. fıkrasında “Belli bir meslek veya sanatın gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla işlenen taksirli suçtan mahkumiyet halinde üç aydan az ve üç yıldan fazla olmamak üzere, bu meslek veya sanatın icrasının yasaklanmasına karar verilebilir” denilmektedir. Kanaatimizce sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmeme suçu bir meslek veya sanatın yapılması esnasında işlendiği halde, bu meslek veya sanatın icrasından kaynaklanmadığından yukarıdaki fıkra kapsamında değerlendirmesi mümkün değildir.

³⁹² Öztürk/ Erdem, 2005, a.g.e., s.301.

³⁹³ y.a.g.e., s.300

SONUÇ VE ÖNERİLER

1) Yeni (5237) TCK nun 280. maddesinde ihbar yükümlülüğü düzenlenmiş olup madde başlığı “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi” şeklindedir. Bu maddede belirtilen “sağlık mesleği mensupları” sayılanlarla sınırlı olmayıp örnekleyici biçimde sayılmıştır. Kastedilenler, sadece tabip, diş tabibi, eczacı, ebe ve hemşire olmayıp, sağlık hizmeti veren diğer kişiler de bu kapsama dahil edilmiştir. Bu sebeple madde kapsamında değerlendirilebilecek sağlık hizmeti veren diğer kişilerin de tek tek tanımlanması gerekmektedir.

“Sağlık hizmeti veren diğer kişiler” kavramının kapsamını tam olarak belirleyebilmek için Sağlık Bakanlığı Atama ve Nakil Yönetmeliğinin de atamalarda uyguladığı Sağlık Bakanlığı Taşra Teşkilatı Yatak ve Kadro Standartları Yönetmeliği ile Eki Cetvellerin Değiştirilmesine Dair Yönetmelikteki sağlık hizmetleri sınıfına dahil personelin unvanlarına bakmak gerekecektir. Adı geçen yönetmelikte sayılan unvanlar şunlardır: Uzman tabip, tabip, diş hekimi, eczacı, ebe, hemşire, tıbbi teknolog, biyolog, psikolog, diyetisyen, sosyal çalışmacı, ambulans teknisyeni, çocuk gelişimcisi, sağlık teknikeri, fizyoterapist, odyolog, sağlık fizikçisi, kimya ve gıda mühendisi, sağlık memuru (toplum sağlığı memuru, çevre sağlığı teknisyeni, diş ve protez teknisyeni, röntgen teknisyeni, laboratuvar teknisyeni, anestezi teknisyeni, ortopedik cihaz ve protez teknisyeni, fizik tedavi teknisyeni, ilk ve acil yardım teknisyeni, tıbbi sekreter).

2) Korunan hukuki yarar açısından bakıldığında; sağlık mesleği mensubunun mesleğinin gerektirdiği güven, kişilerin, özel hayatlarına ait sırları bu güvene dayanarak bu meslek grubuna rahatlıkla açabilmeleri ve kendilerine her koşulda tedavi olmak ve yaşamlarını sağlıklı bir biçimde devam ettirmek amacıyla gidebilmeleri için, sağlık mesleği mensubunun ihbar yükümlülüğünün farklı bir biçimde ele alınması gerekmektedir. Gerçeğin ortaya çıkarılması vazifesiyle yükümlü olan adliye memurlarının, sağlık mesleği mensuplarından gelecek ihbarlardan başka haber alma ve gerçeği araştırma araçları bulunduğu şüphesizdir. Bu durumda sağlık mesleği mensuplarının ihbarla yükümlü olacağı suçlarda korunan

hukuki yararın Adliye'nin korunması olmayıp, bir suçun işlendiği yönünde tespit edilecek bulgu veya belirtinin sahibi, yani bildirim zorunlu olan suçun mağduru konumundaki kişilerin korunması olmalıdır. Yaralanmış, zehirlenmiş veya saldırıya uğramış bir kimseyi tedavi eden hekimin bu suçu ihbar etmesi, bu suçtan dolayı mağdur olmuş kişinin yararına olacaktır. Ancak bu durumlarda bile eğer bir suç işlendiğine dair belirtinin tespit edildiği suçun mağduru olan kişi 18 yaşını bitirmiş, akli melekelerini tam olarak kullanabilecek yeterlilikte ve sağlıklı ise, bu suç ihbar edilirken mağdurun rızası aranmalıdır. Aksi halde, gerekli önlemler alınmaksızın yapılacak ihbarlarla ihbar edilen suçun mağdurunun yeniden mağdur olmasına sebep olunabilir. Bununla birlikte eski (765) TCK'da 530. maddedeki düzenlemede olduğu gibi tedavi edilen kişinin ihbar edilecek suçun faili konumunda olması durumunda da ihbar yükümlülüğünün olmaması gerektiği düşüncesindeyiz.

3) Suçun faili sağlık mesleği mensupları olup, ikinci fıkrada kapsamda kimlerin bulunduğu açıklanmaktadır. Sağlık mesleği mensubunun kamu görevlisi statüsünde mi olduğu, yoksa özel bir sağlık kurumunda çalışanları mı kastettiği madde metninden açıkça anlaşılammaktadır. Zira ikinci fıkrada sayılanlar, hem resmi kurumlarda hem de özel kurumlarda çalıştıklarında aynı sıfatı taşımaktadırlar.

Yeni (5237) TCK'nun 280. maddesindeki suçun failinin, devlet eliyle işletilen sağlık kuruluşlarında görev yapan sağlık mesleği mensupları ile sınırlı tutulmayıp, bunların dışında sadece özel sektörde serbest çalışan veya hem kamuda hem de özel sağlık kuruluşlarında çalışan sağlık mesleği mensuplarını da kapsamı gerekmektedir. Aksini düşünecek olursak korunan hukuki yarara aykırı davranılmış olacaktır. Eğer amaç Adliyenin korunması ise, yani kişiler tarafından işlenen suçların, adli makamlar tarafından zamanında öğrenilerek adli faaliyetin zamanında yapılması hedefleniyorsa, sağlık mesleği mensuplarının oldukça önemli bir kısmını bu maddenin kapsamı dışında tutarak, karşılaşılabilecek birçok suçun ihbar edilmesini istememenin, kanun koyucunun arzu edeceği bir durum olamayacağı düşüncesindeyiz. Her ne kadar maddenin gerekçesinde "*Devlet eliyle işletilen sağlık kuruluşlarında görev yapan sağlık mesleği mensupları, kamu görevlisi sıfatını taşımaktadır*" denilmişse de, kanun metninde sağlık mesleği mensubunun kamu

görevlisi olacağına dair herhangi bir ibare bulunmamaktadır. Oysa 279. maddede açıkça “kamu görevlisi” tabiri kullanılmıştır. 280. maddedeki “görevini yaptığı sırada” tabirinden “mesleklerini icra ettikleri sırada” anlamının çıkarılması gerektiği yine maddenin gerekçesinden anlaşılmaktadır. Maddenin gerekçesinin 2. paragrafının hem kanun metni ile hem de gerekçenin 1. paragrafı ile çeliştiği kanaatindeyiz.

Yeni (5237) TCK’daki 280. madde eczacıların ve dış tabiplerinin fail olmaları açısından değerlendirildiğinde yine aynı sonuca ulaşılmaktadır. Çünkü devlet eliyle işletilen sağlık kuruluşlarında çalışan eczacı ve dış tabibi sayısı serbest çalışanlarla kıyaslandığında oldukça düşük bir oranda oldukları görülmektedir. Sağlık Bakanlığının 2002 yılı verilerine göre toplam 22922 eczacıdan 20367 si özel sektörde çalışmakta, sadece 2555 i kamu kurumlarında çalışmaktadır. Yine toplam 15866 dış hekiminden 11258 i özel sektörde çalışmakta, geriye kalan dış hekimlerinin % 100 ü de hem kamuda hem de part-time olarak özel sektörde çalışmaktadır. Maddede belirtilen suçun failinin sadece kamu kurumlarında görev yapan sağlık mesleği mensupları olacaklarını kabul edecek olursak, sadece özel sektörde çalışan veya kamu kurumundaki mesaisinin bitiminde özel sektörde çalışan oldukça önemli sayıdaki sağlık mesleği mensubunu bu madde kapsamının dışında tutmak gerekecektir.

Bize göre, yeni (5237) TCK’nın 280. maddesi sağlık mesleği mensuplarına özgü düzenlenmiş olup hem kamu görevlisi olan sağlık mesleği mensuplarını hem de kamu görevlisi olmayanları kapsamaktadır. Eğer kamu görevlisi olan sağlık mesleği mensupları için 279. maddenin uygulanacağını kabul edersek, o halde gündüz mesaisinde kamu görevlisi olarak devlet eliyle işletilen bir sağlık kuruluşunda çalışan sağlık personelinin, mesai sonrasında da özel bir sağlık kuruluşunda veya muayenehanesinde çalıştığını farz edersek, aynı kişinin aynı suçu farklı yerlerde ve zamanlarda işlemesinden dolayı farklı cezalar alabileceğini kabul etmiş oluruz. Çünkü 279. maddede öngörülen ceza 6 aydan 2 yıla kadar hapis cezası iken, 280. maddede öngörülen ceza ise 1 yıla kadar hapis cezasıdır. Özel sağlık kuruluşlarının her geçen gün artan sayıları karşısında kanun koyucunun sırf Devlet eliyle işletilen

sağlık kuruluşlarında kamu görevlisi olarak görev yaptığı için sağlık mesleği mensubunu daha ağır bir biçimde cezalandırmak amacıyla hareket etmiş olamayacağı kanaatindeyiz. 279. maddenin sağlık mesleği mensubu dışındaki kamu görevlilerine uygulanması, ister kamu görevlisi olsun ister olmasın, tüm sağlık mesleği mensupları için ise, özel bir düzenleme olan 280. maddenin uygulanması gerektiği düşüncesindeyiz.

Sonuç olarak, bütün bu tanımlar ışığında, biz, ister kamu görevlisi olsun ister olmasın, tüm sağlık mesleği mensuplarının, yeni (5237) TCK'nın 280. maddesindeki suçun faili olacağı yönündeki görüşlere katılarak, 657 sayılı DMK'na tabi memur veya sözleşmeli, sürekli veya geçici, ücretli veya ücretsiz olarak çalışan ve bir kamusal faaliyeti sürdüren tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ile DMK'nun 36. maddesinde belirtilen Sağlık hizmetleri ve yardımcı sağlık hizmetleri sınıfında sayılan yüksek öğrenim görmüş fizikoterapist, tıp teknolojü, sağlık memuru, ebe, hemşire, sosyal hizmetler mütehassısı, biyolog, psikolog, diyetçi, sağlık mühendisi, sağlık fizikçisi, sağlık idarecisi ile hemşire yardımcısı, (fizik tedavi, laboratuvar, eczacı, diş anestezi, röntgen teknisyeni ve yardımcıları, çevre sağlığı ve toplum sağlığı dahil) sağlık savaş memuru ve benzeri sağlık personeli ile aynı unvanlara sahip olup, özel sağlık kuruluşlarında yada serbest olarak mesleğini icra eden tüm sağlık personelinin suçun faili olacağını düşünmekteyiz.

4) Yukarıdaki tartışmalar ışığında yeni (5237) TCK'nın 280. maddesindeki "görev" tabirinin "mesleğini icra etmek" olarak anlaşılması gerektiği kanaatindeyiz. Kamu görevlisi olmayan sağlık mesleği mensubunun da madde kapsamı içinde olduğu düşüncesinde olduğumuz için, ister devlet eliyle işletilen bir sağlık kuruluşunda, ister özel sağlık kuruluşunda olsun, sağlık mesleği mensubunun mesleğini icra ederken suçu öğrenmiş olması veya muayene esnasında bir suç işlendiğine dair belirtiler tespit etmesi halinde suçu bildirme yükümlülüğünün doğacağı görüşündeyiz.

Bildirme zorunluluğu sağlık mesleği mensubunun kendi sanatı ile ilgili olarak yardımda bulunduğu hallerde söz konusudur. Başka surette öğrendiği suçu veya

bilgiyi haber verme zorunluluğu yoktur. Bildirme zorunluluğu ilk olarak yardımda bulunan sağlık mesleği mensubu için olduğu kadar, sonradan tedavi edenler için de vardır. Yardımda bulunanların birden çok olması halinde durumu her bir sağlık mesleği mensubunun haber vermesi zorunlu olmakla beraber birisinin haber vermiş olması yeterli sayılmalıdır.

5) Yeni (5237) TCK'nın 280. maddesinde “... *bir suçun işlendiği yönünde bir belirti...*” tabiri kullanılmıştır. Kanaatimizce sağlık mesleği mensubu tarafından, belirtiden anlaşılması gereken, sadece tedavi olmak amacıyla başvuran kişinin vücudunda bulunan kırık, çukuk, ekimoz veya benzeri darp ve cebir izleri olmayıp, zehirlenme bulguları, vücut üzerinde enjeksiyon izleri, bıçak veya silah mermisi ile delinmiş, yırtılmış ve kan veya sperm gibi vücut sıvıları bulaşmış giysiler ve kişinin üzerinde bulunan ilaç kutuları da belirti sayılmalıdır.

“Belirti” her somut olayda o olayın özelliklerine göre saptanacaktır. Bununla birlikte bu belirtinin sağlık mesleği mensubunun görevlerinin konusu kapsamında olması gerekir. Tedavi kapsamında olmaksızın bir suçun öğrenilmesi durumunda bu maddeye göre değil genel hükümlere göre ihbar yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmektedir.

6) Yeni (5237) TCK'nın 280. maddesinde, hiçbir ayırım yapılmaksızın suç işlendiği yönünde belirti olabilecek her şeyin ihbarı zorunlu kılınmıştır. Maddede bildirim tabi suçların niteliği ile ilgili bir belirleme yer almamaktadır. 279. maddede kamu görevlisinin genel bildirim yükümü düzenlenirken “kamu adına kovuşturulması gereken” suçtan bahsedilmişken burada böyle bir açıklık yoktur. Ancak bu denli geniş kapsamlı bir tanımlamanın, sağlık mesleği mensubuna tedavi olmak amacıyla giden ve ihbar edilecek suçun faili veya mağduru olan kişiler açısından farklı sonuçları olacak, belki de ikinci kez mağdur olmalarına veya sağlık ve yaşam haklarının sınırlandırılmasına neden olacaktır. Bize göre, buradaki suçun da kamu adına kovuşturulması gereken (ihbara tabi) bir suç olarak algılanması gerekir.

Bazı suçların takibinin şikayete bağlı tutulmasının nedeni, bu suçların Cumhuriyet Savcısı tarafından re'sen kovuşturulmasının sakıncalı sonuçlar yaratabilecek olmasıdır. Şikayet, toplumu kovuşturmanın muhtemel zararlarından korumak için kabul edilmiştir. Bazı suçlarda, suçtan zarar görenin iradesi dışında suçun başkaları tarafından öğrenilmesinin sakıncaları dikkate alınarak şikayet koşulu öngörülmüştür. Örneğin eski TCK'da alacağım diye kandırıp kızlık bozma suçunda yada evlilik içi niteliksel cinsel saldırı gibi bazı fiiller oldukça önemli olmakla ve ağır cezaları gerektirmekle beraber “yayılması, duyulması, işlenmesinden daha beter olan” fiillerden oldukları için savcının kendiliğinden kovuşturmaya başlaması, suçtan zarar görenin daha çok zarara uğramasını sonuçlayabilir. Bu tür olayların başkaları tarafından öğrenilip devamlı gündemde kalması suç mağdurunu rahatsız edebilir. Bu nedenle, böyle suçların kovuşturulması suçtan zarar görenlerin isteğine, yani şikayetine bağlı tutulmuştur.

Bütün bu bilgiler ışığında şikayete bağlı suçlarda suçtan zarar görenin iradesinin önemli olduğunu, eğer suçtan zarar görenin veya kanuni temsilcisinin suçla ilgili şikayette bulunma arzusu yoksa, onların arzu ve iradesinin aksine bir davranışta bulunarak suçu ihbar etmenin, şikayetin niteliğine aykırılık teşkil edeceğini, bu sebeple şikayete bağlı suçlarda ihbar zorunluluğu bulunmaması gerektiğini düşünmekteyiz.

7) Yeni (5237) TCK'nın 280. maddesinde “yetkili makamlar” tabiri kullanılmış ancak yetkili makamların kimler olacağı madde metninde gösterilmemiştir. İhbar ve şikayet ile ilgili CMK'nın 158. maddesi, 1412 sayılı Kanun ve Tasarı hükümlerinden kısmen farklı düzenlenmiştir. Yazılı veya sözlü olabilen ihbar ile şikayet aynı esaslara tâbi kılınmıştır. Ayrıca ihbar ve şikayetin doğrudan doğruya yapılabileceği makamlar, Cumhuriyet Başsavcılığı ve kolluk ile sınırlandırılmıştır. Sulh hâkimlerine ihbar ve şikâyette bulunulması kabul edilmemiştir. Dolaylı olarak ihbar ve şikâyeti kabul edecek merciler ise; yurt içinde işlenen suçlar bakımından Kaymakamlık, Valilik veya Mahkemeler, yurt dışında işlenen ve ülkede takibi gereken suçlar bakımından ise elçilik veya konsolosluklardır. Ülkede işlenen suç bir görev suçu ise, ilgili kamu kurum ve kuruluşuna ihbar veya

şikâyette bulunulabilir. İhbar veya şikâyeti kabul eden bütün merci ve makamlar, durumu (gecikmeksizin) ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına iletmek zorundadırlar.

Kanaatimizce kamu görevlisi olan sağlık mesleği mensubu için en yakın sicil ve disiplin amiri konumundaki yetkiliye ihbarda bulunmuş olmak yeterli kabul edilmelidir. Çünkü kamu kurumlarında bir kamu görevlisinin amir atlayarak Kaymakamlık veya Savcılığa ya da kolluk makamlarına ulaşarak bildirimde bulunması yerine sıralı amirler vasıtası ile bildirimde bulunması hem daha kolay olacak hem de kendisine en yakın sicil ve disiplin amirini bilgilendirmiş olacaktır. Kamu görevlisi olmayan sağlık mesleği mensubu için de özel sağlık kuruluşunun mesul müdürüne yapılan bildirim yeterli kabul edilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Belirtilen bu yerler dışında, örneğin ihbar edilecek suçla ilgili olarak basına açıklama yapılmasının, hem bildirim yükümlülüğünün ifası olarak kabul edilemeyeceği hem de hasta sırrının ifşası niteliği taşıyacağı kanaatindeyiz.

Yeni (5237) TCK'nın 280. maddesinde ihbarın ne şekilde yapılacağı konusunda bir açıklık yoktur. İhbar CMK'nın 158. maddesine göre yazılı veya tutanağa geçirilmek üzere sözlü olarak yapılabilir. Suç ihbarları veya şikayetlerinin sözlü olarak yapılması durumunda, yetkililerin hemen tutanak düzenlemeleri zorunludur. Ancak biz, ileride meydana gelebilecek muhtemel ispat sorunları bakımından yazılı olarak yapılmasının faydalı olacağı kanaatindeyiz.

Yeni (5237) TCK'nın 280. maddesinde seçimlik hareket olarak sayılan bildirmemek veya bu hususta gecikme göstermek bakımından bir fark yoktur. Maddede bildirim yükümlülüğüne ilişkin bir süre öngörülmemiştir. Bize göre, bunu somut olayın özelliğine göre hâkim takdir etmelidir.

8) Zorunluluk halinde veya cebir ve şiddet, korkutma ve tehdit sonucu suçun işlenmesi cezasızlık sebebi olarak kabul edilir. Bu durumda sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmemesi sebebiyle cezalandırılmaması gerekir.

İhmali suçlarda özellikle yükümlülüklerin çatışması uygulama alanı bulabilir. İhmalin daha önemli bir başka görevin yerine getirilmesi zorunluluğundan doğması halinde, ihmal ve gecikmenin hukuka aykırı olmadığını kabul etmek gerekir.

9) Çocuk düşürme ve düşürtme suçlarında, sağlık mesleği mensubunun ancak belirli koşullarda ihbar yükümlülüğü olmalı, bunun dışındaki hallerde meslek sırrının saklanması, hem mağdurun korunması açısından hem de çocuğunu düşürme teşebbüsünde bulunan, suçun hem faili hem de mağduru olan kadının korunması açısından zorunlu olup yükümlülüklerin çatışması olarak değerlendirilmeli ve bir hukuka uygunluk sebebi sayılmalıdır. Ancak çocuk düşürme ve düşürtme suçlarında, mağdur suçu ihbar etmek istediği halde baskı ve tehditten ya da olayın duyulması sonrası kendisine gelebilecek tehlikeden korkuyorsa, sağlık mesleği mensubu yine kişinin sırrını ifşa etmeden sadece bu konuda çözüm sağlayabilecek kuruluşlarla görüşüp, kişiye barınabileceği ve tehlikelerden korunacağı bir yer sağlandığı takdirde bu suçu yetkili makamlara ihbar etmelidir. Aksi takdirde suçun mağdurunu, suçu ihbar ederek daha büyük bir tehlikenin içine atmış olacaktır.

10) AIDS ve B,C ve Delta Hepatit taşıyıcılarının ve hastalarının bu hastalığı başkalarına bulaştırdıkları veya kendilerine bu hastalığın bulaştırıldığı saptandığında sağlık mesleği mensubu, hem suç belirtilerinin faili hem de mağduru açısından meslek sırrını ifşa etmeyerek, kişilerin ayrımcılığa tabi tutulmasına engel olmalı ve tedavi haklarının ve yaşam haklarının kullanılmasını sağlamalı, bu durum da hukuka uygunluk sebebi kabul edilerek, sağlık mesleği mensubunun ihbarda bulunmaması cezalandırılmamalıdır. Ancak tehlikede olan kişilerin (eş veya partner) ve toplum sağlığının korunması açısından sadece bu kişilere durumu bildirmelidir.

11) Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda ve çocuk istismarında, sır saklama yükümlülüğünün yanında suç belirtilerini bulunduran mağdurun tehlikelerden korunması yükümlülüğü de bulunmaktadır. Bu sebeple sağlık mesleği mensubunun öncelikle bu yükümlülükleri yerine getirip, ihbar yükümlülüğünü gerekli önlemler alındıktan sonra yerine getirmesi hukuka uygun kabul edilerek, gecikmeden dolayı sağlık mesleği mensubu cezalandırılmamalıdır.

Bu suçlarda, suç işlendiğine dair belirti taşıyan mağdurun, sağlık mesleği mensubu tarafından suç ihbar edildikten sonra, toplumun içindeki yaşamının ne ölçüde değişeceği değerlendirilmelidir. Eğer mağdura bir cinsel saldırıda bulunulduğu yargılama sürecinde duyulur ve toplum içinde hâkir görülür, namus ve şerefi ile ilgili konuşulur ve suçun işlenmesinin hemen öncesinde kendisinin tutumu eleştirilir, hayat tarzı eleştirilir ve bundan sonra evlenebilme ihtimali güçleşirse yani mağdurun bundan sonraki dönemde bu sebeplerle daha da mağdur olması söz konusu olacaksa, mağdurun da isteği doğrultusunda bu durum meslek sırrı olarak saklanmalı ve suçun ihbar edilmemesi hukuka uygun kabul edilmelidir.

12) Aile içi şiddetle karşılaşan sağlık mesleği mensubu, suç belirtisini taşıyan mağdurun, suçun ihbar edilmesi sonrasında yeniden ve daha fazla şiddete maruz kalacağını, hastanın güvenliğinin tehlikeye gireceğini, belki de sokağa atılacağını göz önünde bulundurarak, öncelikle suçtan mağdur olanın güvenliğini sağlayabilecek kurumlar konusunda kendisine yardımcı olabileceğini söylemeli ve hastaya sırrın saklanacağı konusunda güven vermelidir. Aile içi şiddet gören kadın, partnerinin tutuklanacağından korkarsa sağlık kuruluşuna başvurmaktan vazgeçebilir. Suçun mağduru yaşlı ise bu ihbar sonrasında ölüme sebebiyet verebilecek derecede şiddete veya ihmale maruz kalabilir veya sokağa atılabilir. Bu durumda da sağlık mesleği mensubunun, gerekli önlemler alındıktan sonra suçu ihbar etmiş olması ve bundan dolayı gecikmiş olması halinde dahi kanaatimizce cezalandırılmaması gerekir.

13) Yeni (5237) TCK'nın 191. maddesinde uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılması suç olmaktan çıkarılarak, kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran kişinin cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Kanaatimizce de böyle bir düzenleme oldukça yerinde olmuş, tıbben hasta olarak kabul edilen uyuşturucu ve uyarıcı madde müptelasının, doktora başvurarak tedavi olmasını engelleyecek nitelikteki eski düzenleme ile ilgili eleştiriler de bu şekilde bertaraf edilmiştir. Uyuşturucu madde kullanımının suç olmaktan çıkarılmış olmasının ikinci olumlu yanı da ihbar yükümlülüğüne tabi olmaktan çıkmasıdır. Böylelikle hem hasta sırrının ifşa edilmesi söz konusu

olmayacak hem de kişilerin tedavi olması yolundaki bir engel ortadan kalkmış olacaktır.

14) Doktrinde birçok yazara, göre yeni TCK'daki 280. maddede sağlık mesleği mensuplarına görevlerini yaptıklarını sırada karşılaştıkları suçu bildirme yükümlülüğü getirilmesi ile CMK'nın 46. maddesi uyarınca tanıklıktan çekinme arasında çelişki bulunmaktadır. Tanıklıktan çekinme zorunluluğunun düzenlenmesinin temel amacı, yukarıda da belirtildiği gibi hasta-hekim veya sağlık personeli arasındaki güven ilişkisinin, hasta mahremiyetinin ve hastanın yaşam ve sağlık hakkının korunmasıdır.

15) Yeni (5237) TCK nun 280. maddesi henüz yasalaşmadan, bu kanun maddesi ile ilgili olarak tasarının tartışılması aşamasında, daha sonra da kanun TBMM'nde görüşülürken maddeye yönelik yoğun eleştiriler yöneltmiş, bu madde ile sağlık personelinin “muhbir” haline getirildiği, bir suçun faili konumunda olan kişinin hakkında takibat yapılacağı korkusuyla doktora gitmekten ve tedavi olmaktan kaçınacağı, bunun da kişilerin yaşam ve sağlık hakkı ile bağdaşmayacağı, ayrıca meslek sırrının ifşası sebebiyle bu meslek grubuna duyulan güvenin sarsılacağı belirtilmiştir. Kanaatimizce bütün bu eleştirilerde büyük haklılık payı vardır. İnsan sağlığının ve yaşamının odağı olan sağlık hizmetlerinin sunumunda, hizmetin sunulduğu kişinin suçlu olup olmadığı konusunda bir yargıya varmak ve nihayetinde kişilerin suçlu olup olmadığına karar vererek onları ihbar etmek, amacı hayat kurtarmak olan sağlık personelinin görevi olmamalıdır. Sağlık personeli, ileride delil olabilme ihtimali olan tüm bulguları muayene defterine kaydetmeli, eğer gerçekten ortada bir suç ve suçlu varsa, olayın adli makamlara intikalinden sonra adli rapor mahiyetinde istenildiği takdirde bulgularını sunmalıdır. Ancak sağlık personelinin sağlık hizmeti sunduğu kişi bir suçun mağduru konumunda olup 18 yaşını bitirmemişse veya haklarını savunamayacak derecede akli melekelerden yoksunsa ya da sağır ve dilsizse elbette böyle bir durumda ihbar yükümlülüğü olmalıdır. Bu durumda tüm bu eleştiriler ışığında eski (765) TCK'da 530.maddedeki düzenleme daha yerinde görünmektedir.

Suçların ve adli olguların bildiriminde zorunluluk olması, hekimlik uygulamalarında uyulması beklenen etik ilkeler ile bazı koşullarda çelişebilmektedir. Hasta hekim ilişkisi bir güven ilişkisidir. Güvene dayalı bu ilişkide de hasta mahremiyeti esastır. Hasta hekim ilişkisi içinde öğrenilmiş olan bilgilerin gizliliği çerçevesinde değerlendirildiğinde, suçların ve adli olguların bildiriminin zorunluluğu bir çelişki gibi görünmektedir. Bu çelişki farklı yasal düzenlemelerde de görülmektedir. Sağlık mevzuatında hasta mahremiyetini önceleyen bir yaklaşım söz konusu iken, TCK yeni düzenleme ile bildirim zorunlu tutmuş, CMK'nın 46. maddesi ise meslek ilişkisi içinde öğrenilen bilgiler için sağlık çalışanlarının tanıklıktan çekinebileceklerini düzenlemiştir. Hekimlerin ve tüm sağlık çalışanlarının etik ilkeler kapsamında birincil sorumluluğu hastasına karşıdır. Hastasına yararlı olmak ve zarar vermemek üzerine kurulmuş olan hekimlik mesleğinde, çifte yükümlülükler, hekimin veya diğer sağlık çalışanlarının karar verme sürecinde güçlük yaşamasına yol açabilmektedir. Dünya Tabipler Birliği hekimlerin çifte yükümlülüğü ile ilgili temel ilkeleri belirlemiş ve bu ilkelerden en değişmeyeni hekimlerin uygulamalarının bağımsızlığı ve hastalarına olan sadakat borcu olmuştur. Bu ilkeye göre gizliliği korumak, hastanın bilgisi ve onayı olmadan hastaya ilişkin bilgileri açıklamamak hekimlerin genel görevlerinden biridir. Hekimler, tıbbi kayıtların gizliliğini sağlamakla yükümlüdürler. Bu sebeple sağlık mesleği mensubunun ihbar yükümlülüğü değerlendirilirken her somut olay ayrı ayrı ele alınmalı ve meslek sırrı ile birlikte değerlendirilmelidir.

KAYNAKLAR

ADLİ TIP UZMANLARI DERNEĞİ, “TCK’nın 530.maddesi Ortadan Kaldırılıyor !”, in: **TCK Reformu, İkinci Kitap, Makaleler Görüşler, Raporlar**, Editör Teoman Ergül, Türkiye Barolar Birliği, Eylül, 2004.

AKDAĞ, Selami., **Türk Ceza Kanunu Şerhi, Emsal İçtihatlar ve İlgili Kanunlar**, Olgaç Matbaası, Ankara, 1976.

AKDEMİR, Süleyman., **Türk Ceza Kanununda Vazifeyi İhmal Suçları**, İstanbul 1982.

AKGÜNDÜZ, Ahmet., **Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri, 4.kitap Kanuni Devri Kanunnameleri**, İstanbul, 1992.

AKINCI, Şahin., **Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar**, Ankara, 1996.

AKINCI, Yılmaz./ ATAKAN, Tahsin., **Mevzuatta Kabahat Filleri ve Usul Hükümleri**, Minnetoğlu Kitabevi, İstanbul, 1966.

AKPINAR, Cumhur., “Adli Tıp ve Etik Sorunlar”, **Etik Bunun Neresinde!**, Ankara Tabip Odası Yayınları, Ankara, 1997.

AKSOY, Ercüment./ÇETİN, Gürsel./İNANICI, Mehmet Akif./POLAT, Oğuz./SÖZEN, M. Şevki./YAVUZ, Fatih., “Çocuk İstismarı ve İhmalı”, **Birinci Basamak İçin Adli Tıp El Kitabı**, TTB yayınları, Ankara, 1999.

AKSOY, Ercüment./ÇETİN, Gürsel./İNANICI, Mehmet Akif./POLAT, Oğuz./SÖZEN, M. Şevki./YAVUZ, Fatih., “Aile İçi Şiddet”, **Birinci Basamak İçin Adli Tıp El Kitabı**, TTB yayınları, Ankara, 1999.

AKSOY, Ercüment./İNANICI, Mehmet Akif./ÇETİN, Gürsel./POLAT, Oğuz./SÖZEN, M. Şevki./YAVUZ, Fatih., “Cinsel Saldırılar”, **Birinci Basamak İçin Adli Tıp El Kitabı**, TTB yayınları, Ankara, 1999.

ALACAKAPTAN, Uğur., **Suçun Unsurları**, Sevinç Matbaası, Ankara 1975.

ALINGE, Curt., **Moğol Kanunları**, Çev.Coşkun ÜÇOK, Ankara,1967.

ARSLAN, Çetin./AZİZAĞAOĞLU, Bahattin., **Yeni Türk Ceza Kanun Şerhi**, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, Kasım 2004.

ARTUÇ, Mustafa./GEDİKLİ, Cemil., **Yeni İçtihatlarla TCK-CMK-CGİK ve Çocuk Koruma Kanunu ile Getirilen Yenilikler, Yeni Ceza Adalet Sistemi**, Ankara, 2006.

ARTUK, Mehmet Emin., “Adalet Hizmetlerinin Yürütülmesine Karşı Suçlar”, **Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu, TCK Reformu 1. Kitap**, Türkiye Barolar Birliği, Panel, 21-22 Mayıs 2004, Ankara.

ARTUK, Mehmet Emin./GÖKÇEN, Ahmet./YENİDÜNYA, A.Caner., **Ceza Hukuk Genel Hükümler, I**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002.

ARTUK, Mehmet Emin./GÖKÇEN, Ahmet./YENİDÜNYA, Caner A., **5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 6. Baskı, Ankara, 2005.

AŞÇIOĞLU, Çetin., **Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar**, Ankara, 1993.

AYAN, Mehmet., **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk**, Kazancı Yayınları, Ankara, 1991.

BAYRAKTAR, Köksal., **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu** (Doktora Tezi), İstanbul, 1972.

BELGESAY, M. Reşit., **Kur'an Hükümleri ve Modern Hukuk, Mevzuat, İctihatlar, Tatbikat**, İstanbul, 1963.

BİLGE, Yaşar./GÜNDOĞMUŞ, Ümit Naci./GÜNDÜZ, Tarık./HANCI, İ. Hamit./KATKICI, Ufuk./KÖK, Ahmet Nezihi./YAVUZ, Cezmi İsmail./İstanbul Tabip Odası., "Hekimlerin Yasal Sorumlulukları", **Birinci Basamak İçin Adli Tıp El Kitabı**, TTB, Nisan 1999.

BİLMEN Ö.Nasuhi, **Hukuk-i İslamiyye ve İstilahat-ı Fıkhiyye Kamusu**, 3.Cilt, İstanbul, 1958.

BÜYÜK LAROUSE SÖZLÜK VE ANSİKLOPEDİSİ, Milliyet yayınları, Cilt: 7, 10, 11, 20.

BÜYÜKAY, Yusuf., "Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü" , **AÜEHFD**, C: 8, S:1-2, 2004.

CİVANER, Murat./AMATO OKUYAN, Zühal., **Türk Tabipleri Birliği Yüksek Onur Kurulu Dosyalarında Tıbbi Etik İhlalleri**, İzmir, 1999.

Code Penal, Erişim: 24.06.2006,
http://www.legifrance.gouv.fr/html/codes_traduits/code_penal_textA.htm

ÇAĞLAYAN, M. Muhtar., **En Son Değişiklikleri ile Birlikte Gerekçeli , Açıklamalı ve İctihatlı Türk Ceza Kanunu**, (Madde 125-315), Genişletilmiş 3. Baskı, Yetkin Hukuk Yayınları, Cilt: 2, Tarihsiz.

ÇELEN, Orhan., **Askeri Ceza Kanunu**, Ankara, 1998.

ÇETİN, Erol., **Açıklamalı İctihatlı Ceza Hukukunda ve Özel Yasalarda Memur, Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanma Usulü ve Memur Suçları**, 2003.

ÇETİN, Gürsel./ŞANYÜZ, Ömür., “Yapılandırılmış Tıbbi Malpraktis Olgu Tartışması”, in: **Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi**, Editörler: Gürsel, ÇETİN./Coşkun, YORULMAZ., İstanbul, 2006.

DEMİRBAŞ, Timur., **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 3.bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005.

DEMİRBAŞ, Timur./ERDEM, Mustafa Ruhan., **Ceza Hukuku Pratik Çalışmaları**, Ankara, 2001.

DERYAL, Yahya., “**Hekimin “İhbar” Yükümlülüğü ve Yeni Ceza Kanunu**”, Erişim: 11.06.2006. www.medikalbakis.net.

DONAY, Süheyl., **Meslek Sırrının Açıklanması Suçu**, İstanbul, 1978.

DONAY, Süheyl./KAŞIK, Mahmut., **5237 sayılı Türk Ceza Kanunu**, İstanbul, 2004.

DÖNER, İsa., “Suçu Bildirmeme Suçu (TCK m.278)”, **AÜEHFD**, Cilt: 9, Sayı: 3-4, Yıl: 2005.

DÖNMEZER, Sulhi., “Maddi Sebebiyet Alakası”, **İÜHFM**, C:IX, Sayı 1-2.

DÖNMEZER, Sulhi., **Özel Ceza Hukuku Dersleri**, İstanbul, 1984.

DÖNMEZER, Sulhi./ERMAN, Sahir., **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım**, C:I, 12. Bası, İstanbul, 1997.

DÖNMEZER,Sulhi., “İhmal Sureti ile İcra Suçları”, **İÜHFİM**, Cilt IX, Sayı:3-4, İstanbul, 1944.

Eczacılardan Kanun Teklifine Tepki, Erişim: 10.06.2006,
<http://www.trt.net.tr/wwwtr/hdevam.aspx?hid=144318&k=5>

ERDEM, Mustafa Ruhan., “Cinsel İlişki Yoluyla Başkasına HIV Bulaştırmanın Cezalandırılabilirliği Sorunu”, **AÜHFD**, C:VIII, s:1-2,2004.

EREM, Faruk., **Türk Ceza Kanunu Şerhi, Özel Hükümler**, Cilt: II, III, Ankara, 1993.

EREM, Faruk./DANIŞMAN, Ahmet./ARTUK, Mehmet Emin., **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, 1997.

EREN, Nevzat./ÖZTEK, Zafer., **Sağlık Ocağı Yönetimi**, Palme Yayınları, Genişletilmiş 6. Baskı, Ankara, 1993.

ERMAN./ÖZEK., (Sahir ERMAN), **Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, İstanbul, 1994.

ERMAN./ÖZEK.,(Sahir, Erman), **Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar**, İstanbul, 1992.

EROL, Haydar., **İçtihatlı Türk Ceza Kanunu**, İkinci Baskı, 2000

EROL, Haydar., **Gerekçeli Açıklamalı ve İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu**, 2005.

EVLİYAOĞLU, Erkal., **Örneklerle Açıklamalı, Karşılaştırmalı ve İçtihatlı Memurlar ile İlgili Suçlar**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2001.

FEYZİOĞLU, Metin., **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık**, Ankara, 1996.

GÖKCAN, Hasan Tahsin., “5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Görevi Kötüye Kullanma Suçu”, **Yargıtay Dergisi**, Cilt:31, Sayı:4, Ekim 2005.

GÖRGÜN, Mehmet., **Türk Ceza Kanun Şerhi**, İkinci Cilt, (madde 125-315) Dördüncü Cilt, (madde 455-592), Tarihsiz.

GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat., **Alman, İsviçre, Fransız ve İtalyan Kanunları ile Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Cilt: II, Cilt: III (Hususi Kısım – Cürümler) Genişletilmiş 5. Bası , Kazancı Hukuk Yayınları No: 64, İstanbul, Tarihsiz.

GÜLEÇ, (UÇAKHAN), Sema., **Maddi Tazminat Esasları ve Hesaplanması**, Ankara, 1994.

GÜNAL, H. Yılmaz., **Uyuşturucu Madde Suçları**, Ankara, 1976.

GÜNAY, Erhan., **Uygulamalı Uyuşturucu Madde Suçları ve Cezaları**, Ankara, 1997.

GÜNEY, Niyazi./ÖZDEMİR, Kenan./BALO, Yusuf Solmaz., **Gerekçe ve Tutanaklarla Karşılaştırmalı Yeni Türk Ceza Kanunu**, Adil Yayınevi, Ankara, 2004.

GÜRPINAR, Serhat./KORUR FİNCANCI, Şebnem., “İnsan Hakları İhlalleri ve Hekim Sorumluluğu”, **Birinci Basamak İçin Adli Tıp El Kitabı**, TTB Yayınları, Ankara, 1999.

HAKERİ, Hakan., “Yeni Türk Ceza Kanunu ve Hekim”, **Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Derneği Bülteni**, Yıl: 1, Sayı: 1, Ocak 2006.

HAKERİ, Hakan., **Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri**, Ankara, 2003.

HANCI, İ. Hamit., **Hekimin Yasal Sorumlulukları ve Hakları**, Genişletilmiş 2. Baskı, İzmir, Tarihsiz.

İÇEL, Kayıhan./DONAY, Süheyl., **Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku**, Genel Kısım, 1. Kitap, 3. Bası, Beta Yayınları, Tarihsiz

İÇEL, Kayıhan./YENİSEY, Feridun., **Ceza Kanunları, TCK, CİK, CMUK**, 8. Baskı, İstanbul, 1997.

İÇEL, Kayıhan./YENİSEY, Feridun., **Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları**, 4. Bası, İstanbul, 1994.

İÇEL, Kayıhan./SOKULLU-AKINCI, Füsün./ÖZGENÇ, İzzet./SÖZÜER, Adem./MAHMUTOĞLU, Fatih S./ÜNVER, Yener., **İçel Suç Teorisi**, 2. Bası, Beta Yayınları.

İSFEN, Osman., “... ve diğerleri Ceza Kanunlarını Nasıl Değiştirdiler?”, **HPD**, Sayı:2, Sonbahar 2004.

JESCHECK, Hans-Heinrich., **Almanya Federal Cumhuriyeti Ceza Hukukuna Giriş**, (çev: Kayıhan, İçel./ Köksal, Bayraktar./ Feridun, Yenisey.), İstanbul, 1989.

KESKİN, Serap., “Adalet Hizmetlerinin Yürütülmesine Karşı Suçlar”, **Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu, TCK Reformu 1. Kitap**, Türkiye Barolar Birliği, Panel, 21-22 Mayıs 2004, Ankara.

KOCAMAN, Hayreddin., **Mukâyeseli İslam Hukuku**, İstanbul 1974.

KOÇ, Sermet., “Ölüm Olgularında Hekim Sorumluluğu ve Postmortem İncelemeler”, in **Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi**, Editörler: Gürsel, ÇETİN./Coşkun, YORULMAZ., İstanbul, 2006.

KOÇ, Sermet./YORULMAZ, Coşkun., “Hekimin Yasal Sorumlulukları”, (s:45-60), **Adli Tıp**, Cilt:1, İÜCTF Yayınları, Rektörlük No: 4165, Fakülte No: 224, Editörler: Zeki, SOYSAL./Canser, ÇAKALIR., İstanbul, 1999.

KORUR FİNCANCI, Şebnem., “Adli Olguya Yaklaşım “Audi Alterem Partem””, in: **Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi**, Editörler: Gürsel, ÇETİN./Coşkun, YORULMAZ., İstanbul, 2006.

KORUR FİNCANCI, Şebnem./YORULMAZ, Coşkun., “Beden Muayenesi”, in: **Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi**, Editörler: Gürsel, ÇETİN./Coşkun, YORULMAZ, İstanbul, 2006.

KUNTER, Nurullah., **Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi**, İstanbul, 1954.

KUNTER-YENİSEY., **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 2005 Eki, Arıkan Yayınevi, 2005.

MAJNO., **Ceza Kanunu Şerhi, (Türk ve İtalyan Ceza Kanunları)**, Cilt: 4, Yargıtay Yayınları No: 14, Ankara, 1981.

MALKOÇ, İsmail., **Açıklamalı Yeni Türk Ceza Kanunu, Özel Hükümler-(170-345)**, İkinci Cilt, Malkoç Kitabevi, 2006.

MALKOÇ, İsmail., “Yeni Türk Ceza Kanununda Suçu Bildirme Yükümlülüğü”, **Türkiye Noterler Birliği**, Mayıs 2006.

MALKOÇ, İsmail./GÜLER, Mahmut., **Uygulamada Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler IV, (461-592. maddelerin açıklamaları)**, Ankara, 1996.

MALKOÇ, İsmail./GÜLER, Mahmut., **Memurlar-Suçlar**, Adil Yayınevi, Ankara, 1998.

MALKOÇ, İsmail./GÜLER, Mahmut., **Uygulamada Türk Ceza Kanunu, Genel Hükümler C I**, Ankara, 1999.

MERAN, Necati., **Gerekçeli, Karşılaştırmalı 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu**, Ankara, 2004.

NAMAL, Arın., “AIDS’li Ölüme Tanıklık ve Düşünceler”, **Etik Bunun Neresinde!**, Ankara Tabip Odası Yayınları, Ankara, 1997.

NOYAN, Erdal., **Yeni Türk Ceza Kanunu**, Adil Yayınevi, Ankara, 2004.

OKANDAN, Recai G., “Hintte Devlet ve Devletle İlgili Teorik Görüşler”, **İÜHFİM**, Cilt:X, Sayı: 3-4, İstanbul, 1945.

OTACI, Cengiz., “Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklıktan Çekinme Hakkı”, **Adalet Bakanlığı Adalet Dergisi**, Yıl:92, Sayı:6, Ocak 2001.

ÖZBEK, Veli Özer., **CMK İzmir Şerhi, Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı (Gerekçeli-İçtihatlı)**, Ankara, 2005.

ÖZGENÇ, İzzet., **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi**, Ankara, 2005.

ÖZTÜRK, Bahri./ ERDEM, Mustafa Ruhan., **Öztürk Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku**, 8. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005.

ÖZTÜRK, Bahri./ ERDEM, Mustafa Ruhan., **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 9. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006.

ÖZTÜRK, Hafize., “Abortus ve Etik Sorunlar”, **Etik Bunun Neresinde!**, Ankara Tabip Odası Yayınları, Ankara, 1997.

ÖZÜTÜRK, Nejat., **Türk Ceza Kanunu Şerhi ve Tatbikatı**, Cilt:1, 2. Baskı, İstanbul,1970.

PIÇAKÇIEFE, Metin., “Adli Tıp ve Halk Sağlığı”, **Toplum ve Hekim**, C:19, S:4, Temmuz-Ağustos 2004.

SAVAŞ, Vural./MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık., **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, IV.Cilt, Madde 454-592, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Mayıs 1998.

SB DİYALOG, Sağlıkta Ar-Ge İhtiyacı, Sağlık Bakanlığı Yayın Organı, Sayı 20, Mart 2006.

SOYASLAN, Doğan., **Ceza Hukuku, Özel Hükümler**, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara, 1999.

ŞAHİN, Cumhur., **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005.

TANI VE TEDAVİ, Cilt:1, Editörler: Murat Dilmener, Yavuz Bozfakıoğlu, Ünal Değerli, 6. Baskı, İstanbul, 2003.

TAŞDEMİR, Kubilay./ÖZKEPİR, Ramazan., **Son Değişikliklerle İçtihatlı Türk Ceza Kanunu**, Adil Yayınevi, Tarihsiz.

TBMM Genel Kurul Tutanağı, 22. Dönem, 4. Yasama Yılı, 65. Birleşim,21.02.2006, Salı, Erişim: 10.06.2006, http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak_b_sd.birlesim_baslangic_yazici?page1=30

TEZCAN, Durmuş./ERDEM, Mustafa Ruhan., **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 1. Baskı, İzmir 2000.

TEZCAN, Durmuş./ERDEM, Mustafa Ruhan./ÖNOK, Murat., **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'na Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara,2006.

TOSUN, Mebrure./YALVAÇ, Kadriye., **Sümer, Babil, Assur Kanunları ve Ammi Şaduqa Fermanı**, Ankara, 1975.

Turkey Health Report, The Ministry of Health of Turkey, Refik Saydam Hygiene Center, School of Public Health, Ankara, February, 2004.

TÜRK TABİPLERİ BİRLİĞİ, “Türk Ceza Kanunu değişiklikleri/ Sağlıkla ilgisi”, **Tıp Dünyası**, Kasım 2005.

TÜRK TABİPLERİ BİRLİĞİ, **Etik Kurul Görüşleri**, “Hekim-AIDS İlişkisi Konusundaki Görüş”, Ankara, 1998.

TÜRK TABİPLERİ BİRLİĞİ, **Sağlıkla İlgili Uluslararası Belgeler**, TTB Yayınları, Haziran 1998.

Türkiye İnsan Hakları Raporu 1995, TİHV Yayınları 14.

I. Ulusal Adli Tıp Günleri, 25-28 Haziran 1984, Panel ve Serbest Bildirileri, 2. Baskı, 1987.

ÜÇOK, Coşkun., **Türk Hukuk Tarihi Dersleri**, 4.Bası, ANKARA, 1966.

ÜÇOK, Coşkun./MUMCU, Ahmet., **Türk Hukuk Tarihi**, 7.Baskı, Ankara 1993.

ÜSTÜN, Çağatay., “Hippocrate Diyor Ki...”, **Sandomed**, Sayı: 15, Yıl: 2, 1994.

VEHİD Suphi, “**Temel Demografik ve Sağlık Düzeyi Ölçütleri Açısından Türkiye ile Avrupa Birliğine (AB) Üye Ülkelerin Karşılaştırılması**”, Erişim: 10.06.2006, <http://www.ctf.istanbul.edu.tr/dergi/online/2000v31/s2/002a7htm>

Yabancı Doktor Çalıştırılması da AB'nin Talebi, Erişim:10.06.2006, <http://www.siberbursa.com/default.aspx?pid=23698&nid=10440>

Yabancı Doktor Eleştirilerine Yanıt, Erişim: 10.06.2006, <http://www.trt.net.tr/wwwtr/hdevam.aspx?hid=144318&k=5>

YAŞAR, Osman., **Uygulamalı ve Yorumlu 5271 sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu**, Ankara, 2005.

YURTCAN, Erdener., **Türk Hukukunda Kürtaj ve Uygulaması**, 2. Bası, İstanbul, 1990.

YURTCAN, Erdener., **Yeni Türk Ceza Kanunu ve Yorumu**, Kazancı Yayınları No:186, Kasım 2004.

YURTCAN, Erdener., **Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu ve Yorumu**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005.

YÜCE, Turhan Tufan., **Ceza Hukukunun Temel Kavramları**, Ankara,
1985.