

**DERLEME****TIBBİ HİZMETLERİN UYGULANMASINDAN DOĞAN SORUMLULUK KANUN TASARISI'NIN DÜŞÜNDÜRDÜKLERİ\***

Tuğrul KATOĞLU\*\*

Türkiye, aralarında sağlık sektörünün de bulunduğu kamu hizmetlerinin kötü işleyişinin sıkıntılarını yaşıyor. Kamuoyunu bu konuda da yönlendiren en önemli güç kuşkusuz kitle iletişim araçlarıdır. Yaygın ve ulusal ölçekte yayın yapan güçlü kitle iletişim araçlarının düzenli olarak kamu hizmeti karşısı bir tavrı benimsetmek istedikleri görülüyor. Bu noktada, kamu hizmetinin doğru ve gerektiği gibi yürütülmesi yerine bazı alanların kamu hizmeti olarak örgütlenmesinden vazgeçilmesi eğilimleri, doğru ve tek tercihmiş gibi gösteriliyor.

Kamu hizmetlerinin yürütülmesinin aksadığı genel ve doğru bir tespittir. Buna ilişkin çözüm önerileri ise, hiç kuşku yok bu yazının konusu değil. Bir kamu hizmeti olarak örgütlenmiş sağlık alanında karşılaşılan sıkıntılar

belki de en önemlisi, tıbbi kötü uygulama şikayetlerinin yoğunlaşmasıdır. Hekim ve diğer sağlık personelinin tıbbi fiilleri nedeniyle ortaya çıkan bedeni zarar ve ölüm gibi neticelerden dolayı hukuki, idari ya da cezai sorumluluklarının tespiti ise, sadece bugün değil, geçmişte de önem taşıyan bir konuydu. Bununla birlikte, yakınmaların artışı dikkatleri bu konuya daha çok çekmektedir.

Tıbbi kötü uygulamalar ile ilgili yakınmaların artışının Sağlık Bakanlığı'nı bu konuyla ilgili bir kanun tasarısı hazırlamaya yönelttiği anlaşılıyor. Bu çerçevede, Tıbbi Hizmetlerin Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanun Tasarısı, 24.07.2002 tarihli Başbakanlık yazısı ekinde Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne gönderilmiştir.

Tasarı sekiz bölümden oluşmaktadır. Birinci bölüm amaç, kapsam ve tanımlara, ikinci bölüm tıbbi hizmetlerde temel prensiplere, üçüncü bölüm sağlık personeli ile hasta ilişkilerine, dördüncü bölüm, görev, yetki ve sorumluluklara, beşinci bölüm, üst kurul, kurullar ve bunların görevlerine, altıncı bölüm zorunlu mesleki mali sorumluluk sigortasına, yedinci bölüm ceza hükümlerine, sekizinci bölüm ise, geçici ve son hükümlere ilişkindir.

Bu yazı ile söz konusu tasarının özellikle ceza hükümlerine ilişkin kimi sorunlara değinmek istiyoruz. Bununla birlikte kanun yazma tekniği bakımından dikkat

\* Bu yazı, Maternal-Fetal Tıp ve Perinatoloji Derneği tarafından düzenlenerek 27-28 Eylül 2002 tarihlerinde Ankara Hilton Oteli'nde gerçekleştirilen "Doğum Hekimliği; Maternal-Fetal Tıp" Etik ve Yasal Boyut – 2002 başlıklı kongrede tarafımızca sunulan "Hekimin Cezai Sorumluluğu" başlıklı tebliğde değindiğimiz ve Sağlık Bakanlığı'nca hazırlanıp, hükümet tarafından Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne gönderilen Tıbbi Hizmetlerin Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanun Tasarısı'nın özellikle ceza hükümleri bakımından ilk bakışta saptadığımız tartışmalı noktalarına dikkat çekmek amacını gütmektedir.

\*\* Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Ceza Hukuku Öğretim Görevlisi

çeken diğer bazı konuları kısaca ele almakta yarar bulunmaktadır.

"Amaç, Kapsam, Tanımlar" başlığı altındaki birinci bölümde "tıbbi kötü uygulama" tanımı yapılmaktadır. Tanım esas itibarıyla özel hukukun kabul ettiği kusurluluk esaslarına göre yapılmış, "Sağlık personelinin, kasıt veya ihmâl ile standart uygulamayı yapmaması, bilgi veya beceri eksikliği ile yanlış veya eksik teşhiste bulunması veya yanlış tedavi uygulaması veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan ve zarar meydana getiren fiil ve durum(lar)" tıbbi kötü uygulama olarak kabul edilmiştir. Aynı bölümde, "bilgilendirerek izin alma" tanımı yapılmaktadır. Tanım, yönetsel boyutu da kapsar biçimde son derece ayrıntılı olarak yapılmıştır. Bununla birlikte, bilgilendirerek izin alınması yöntemi daha sonra 15. madde kapsamında ele alınmıştır. O halde, somut olaylarda bilgilendirerek izin alma usulüne uyulup uyulmadığı sorunu, tanım maddesi ile birlikte 15. madde bir arada değerlendirilmek suretiyle çözülebilecektir. Öte yandan, ceza hükümleri içinde, bilgilendirerek izin alma yükümlülüğünün ihlali durumunda herhangi bir ceza müeyyidesi öngörülmemektedir. Bu durumda ancak koşulları varsa, tasarının hasta haklarının ihlalini ceza müeyyidesine bağlayan 35. maddesi uygulanabilecektir. Yürürlükte olan Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrası Hakkında Kanun'un 70. maddesinde rıza almama fiili, takibi şikâyete bağlı bir suç olarak kabul edilmektedir.

Tanımlar arasında ötenaziye de yer verildiğini belirtmekte yarar vardır. Buna göre, "Kişinin tabii yollar dışında, tedavinin kesilmesi, hayatı sonlandırıcı bir yöntem veya madde kullanımı veya bu maksadı sağlayacak herhangi bir yol ile hayatına son verilmesi talebinin sağlık personeline yerine getirilmesi" ötenazi olarak tanımlanmıştır. Tasarının 36. Maddesinde ötenazi ayrıca suç olarak kabul edilmiş, "Ötenazi uygulayan sağlık personeline on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ve aynı süre kadar meslekten men cezası" öngörülmüştür. Mevcut durumda ötenazi kasten adam öldürme olarak kabul edilmektedir. Özel bir hazırlık ve tasarlama süreci gerektirebilmesi nedeniyle ayrıca hekim bakımından taammüden adam öldürme cürmünün bulunduğu söylenebilecektir. Bununla birlikte tasarımı, ötenazi bakımından daha az süreli bir hürriyeti bağlayıcı ceza önermektedir.

Tasarının "Tıbbi Hizmetlerde Temel Prensipler" başlıklı 2. Bölümünde yer alan ve "Hasta haklarına saygı" başlıklı 4. maddesi, sağlık personeline "...insan hayatına, sağlığına, hastanın kişiliğine, iç hukuktan ve milletlerarası hukuktan doğan haklarına saygı ve mesleğinin gerektirdiği azami dikkat ve ihtimamı" gösterme yükümlülüğü getirmektedir. Tasarının ceza hükümleri arasında yer alan ve "Hasta haklarının ihlali" başlıklı 35. maddesinde ise,

"4. Maddede belirtilen yükümlülükleri yerine getirmeyenlere, fiil daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde, üç aydan altı aya kadar hapis ve bir milyar liradan üç milyar liraya kadar ağır para cezası verilir" hükmüne yer verilmiştir. Tasarının 4. maddesinden farklı yükümlülükler çıkmaktadır.

- İnsan hayatına, sağlığına, hastanın kişiliğine saygı yükümlülükleri,

- İç hukuktan ve milletlerarası hukuktan doğan haklarına saygı yükümlülüğü,

- Mesleğinin gerektirdiği azami dikkat ve ihtimamı gösterme yükümlülüğü.

O halde tasarının 35. maddesi bu yükümlülüklerinin birinin, birkaçının ya da tamamının ihlali halinde hürriyeti bağlayıcı ceza ve para cezası öngörmektedir. Birinci durumda, insan hayatına, sağlığına, hastanın kişiliğine saygı gösterilmemesi suç sayılmaktadır. Bu kadar muğlak bir yükümlülüğün ihlalinin suç sayılması, Anayasa'nın 38. maddesi ile güvence altına alınan suç ve cezaların kanuniliği ilkesi bağdaşması mümkün değildir. Kanunilik ilkesinin zorunlu bir koşulu, kanunun açıklığıdır. Buna göre, hangi davranışın suç teşkil ettiği açıkça anlaşılabilir. Burada böyle bir açıklık söz konusu değildir. Bir anlamda hedef ilke olarak kabul edilebilecek ifadelerden suç tipi yaratılmak yoluna gidilmektedir.

İkinci durumda hastanın iç hukuktan ve milletlerarası hukuktan doğan haklarının ihlali suç sayılmıştır. Madde gerekçesine bakıldığında, milletlerarası hukuk ifadesi ile Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerin kastedildiği anlaşılmaktadır. Bir kere maddenin kaleme alınışı seçilen terimler bakımından sorunludur. Eğer taraf olunan sözleşmelerden kastedilen, Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca usulüne uygun biçimde kabul edilip iç hukuk hükmü haline gelen uluslar arası anlaşmalar ise, kaynak bakımından iç hukuk milletlerarası hukuk ayrımı yapmaya gerek yoktu. Eğer madde metni, lafzi yoruma tabi tutulursa, bu sefer de yapılageliş, içtihat ve öğreti de dahil milletlerarası hukukun tüm kaynaklarında yer alan hasta haklarına riayet yükümlülüğü ortaya çıkmaktadır. Bu son halde, uluslararası hukuka atıf yapılarak bu hukuk düzeninden kaynaklanan yükümlülüklerin ihlali suç sayılacaktır. Madde gerekçesinde, bu düzenleme ile Türkiye'nin ileride taraf olacağı sözleşmelerin de dikkate alınması suretiyle bu yükümlülükler dinamizm kazandırılacağı belirtilmektedir. Bir suç tipi düzenlenirken getirilen emir veya yasakların açık olması gerekir. Ceza normu, somut olaya uygulanırken yorum suretiyle halin icaplarına göre bir anlam kazanabilir, ancak yorum faaliyetinin de kanunilik ilkesinin sınırları

içinde kalması gerekir. Sağlık personeline sınırları belli olmayan yükümlülükler getirilmekte ve bunların ihlalinin suç teşkil edeceği öngörülmektedir. Bu düzenlemenin de kanunilik ilkesi ile bağdaşması mümkün değildir. Öte yandan böyle bir normun, savcı ve hakimler açısından uygulanabilir olduğunu söylemek de çok güçtür. Hukuk kuralları uygulanabilir olması gereken kurallardır.

Nihayet "mesleğinin gerektirdiği azami dikkat ve ihtimamı göstermek" yükümlülüğü ise, 4. madde kapsamında düzenlenmiş ve ceza müeyyidesi güvencesi altına alınmış diğer bir yükümlülüğü oluşturmaktadır. Mesleğin gerektirdiği azami dikkat ve özenin gösterilmemesi, suç sayılmıştır. En azından, 4. maddede yer alan yükümlülüklerin ihlalinin herhangi bir ayırım yapmaksızın suç sayan ve ceza müeyyidesine bağlayan 35. madde hükmünün kaleme alınışından bu sonuç çıkmaktadır. Bu kadar geniş ve muğlak ifadelerle suç tipi yaratılamayacağını, bunun kanunilik ilkesi ile bağdaşmadığını belirtmekle yetinelim.

"Tıbbi kayıtlar, bilgiler ve sırlar" başlıklı 10. maddenin 4. fıkrasının son cümlesinde "Adli vakalar ve bildirim zorunlu hastalıkların yetkili makamlara bildirilmesi gizliliğin ihlali sayılmaz" hükmü yer almaktadır. Hiçbir ayırım yapılmaksızın tüm adli vakalar bakımından getirilen bir "ihbar yetkisi" söz konusu olmaktadır. Bu bir ihbar mecburiyeti değildir. TCK'nun 530. Maddesinde getirilen ihbar yükümlülüğü kişilere karşı cürümler ile sınırlı olup, hekime başvuran kimsenin suçun faili değil mağduru olması durumunda hüküm ifade etmektedir. Tasarıda yer alan düzenleme, ihbar yükümlülüğü değil, ihbar yetkisi vermektedir. Ancak bu yetkinin, ileride, daha geniş bir ihbar yükümlülüğüne zemin hazırlamaması önemlidir.

Tasarının "Sağlık Personeli ile Hasta İlişkileri" başlıklı 3. Bölümü altında yer alan 15. maddesi "bilgilendirerek izin alma" konusunu ayrıntılı biçimde düzenlemektedir. Bilgilendirmenin içeriği, tanımlar bölümünde yer verilen "bilgilendirerek izin alma" tanımına göre belirlenecektir. Buna göre, "Hekimin, hastanın sağlık durumu ve konulan teşhis, önerilen tedavi yönteminin ve müdahalenin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin riskleri, verilen ilaçların kullanılışı ve muhtemel yan etki ve advers tepkileri, tedaviyi kabul etmeme durumunda hastalığın meydana getireceği sonuçlar, varsa tedavi seçenekleri ve riskleri konularında bilgilendirip, hastanın tereddüdü olan konulardaki sorularını anlayacağı bir dille cevapladıktan sonra hastadan alınan sözlü ve yazılı" izin bilgilendirmek suretiyle alınan izindir. Aynı maddenin 6. fıkrası uyarınca acil durumlarda önce "gerekli tıbbi hizmet" verilecek ve hasta derhal bilgilendirilecektir.

15. maddenin son fıkrası ise açık grevi ve ölüm orucu eylemcilerine müdahaleyi düzenlemektedir. Bu

düzenlemeye göre, hekim, dört halde ilgili kişinin ya da yakınlarının rızası olmaksızın "hastanın menfaatine uygun olarak" tıbbi müdahalede bulunacaktır. Bu haller sırasıyla kişinin,

- "sağlıklı karar veremeyecek duruma gelmesi" veya
- "şuurunun kaybolması" veya
- "komaya girmesi" veya
- "ruh ve beden sağlığında gerek geri dönüşsüz ve gerekse ölümcül zararlar oluşmaya başlaması" durumlarıdır.

Bu fıkra hükmü esasen üç durumu düzenlemektedir. 1. Sağlıklı karar verilemeyecek durum, 2. Şuurun kapanması ya da koma hali, 3. Ruh ve beden sağlığında gerek geri dönüşsüz ve gerekse ölümcül zararlar oluşmaya başlaması.

Buna göre, düzenleme, öncelikle ilgilinin açık iradesi hilafına ya da rızası olmaksızın tıbbi müdahale yapılması yükümlülüğü getirmektedir.

Aynı fıkra hükmü, sağlıklı karar verilemeyecek durumu, şuur kaybı ya da koma halinden ayırmakta ve bu suretle şuur kapalı olmayan hastaya, bu hastanın ya da yakınlarının rızası olmaksızın müdahale etme yetkisi ve yükümlülüğü getirilmektedir. Sağlıklı karar verilemeyecek durumun tespiti hekimden hekime farklılık gösterebilecektir. Bu durumda, söz konusu eylemlere neredeyse derhal müdahalenin yolu açılmış olabilecektir. Şuurun kapalı olduğu hallerde ve koma halinde, ilgili, bu duruma gelmeden önce tıbbi müdahaleyi açıkça reddetmiş olsa bile tasarının ifadesi ile "tıbbi hizmet" verilmesi zorunludur.

Nihayet, ruh ve beden sağlığında gerek geri dönüşsüz ve gerekse ölümcül zararlar oluşmaya başlaması, iradesi hilafına ya da rızası olmaksızın hastaya tıbbi müdahalede bulunulması zorunluluğunun öngörüldüğü son ipotezi oluşturmaktadır. Burada da şuurun kapanması beklenmeyecektir. Tıbbi yargı ve yorumlar arasında fark bulunması doğal olduğuna göre, bu tür bir düzenlemenin farklı tıbbi görüşler açısından farklı uygulamalara zemin hazırlaması muhtemeldir.

Tasarının "Ceza Hükümleri Başlıklı" 7. Bölümü'nde çeşitli fiiller suç sayılmıştır. 35. maddede yer alan hasta haklarının ihlali suçuna yukarıda değinildiği için burada tekrar inceleme konusu yapılmayacaktır.

36. maddede ötenazi özel bir adam öldürme suçu olarak düzenlenmektedir. Ötenazi uygulayan sağlık personeli, on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile aynı

süre kadar meslekten men cezasına çarptırılacaktır. TCK'nunda düzenlenen adam öldürme cürümlerine göre hafif bir hürriyeti bağlayıcı ceza öngörülmektedir.

37. maddenin ikinci fıkrasında mesleklerini geçici veya sürekli olarak yapmaktan yasaklananları çalıştıran veya çalışmasına izin veren kurum ve kuruluşların yetkilileri için bir yıldan iki yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Yetkililer deyimi, her halde, hakkında çalışma yasağı bulunduğu bildirildiği hekimi isteyerek istihdam eden ve çalıştıranlar ile sınırlı olarak anlaşılmalıdır. Aynı fıkra, bu kurum ve kuruluşların da kapatılacağı hükmünü içermektedir.

38. maddede, "acil ve icapçı tıbbi hizmetleri vermeme" suçu düzenlenmiştir. Maddeye göre, "Mücbir sebepler olmadıkça, acil durumlarda hastaya ilk yardım hizmetini vermeyen ve icapçı olarak çağrıldığı halde davete icabet etmeyen veya tıbbi hizmet vermeyen sağlık personeline, fiil daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde bir yıldan iki yıla kadar hapis ve bir milyar liradan beş milyar liraya kadar ağır para cezası verilir".

Tasarının 39. maddesi "sırların ve kimliğin ifşasını" özel bir suç olarak düzenlemektedir. Söz konusu madde ile yine Tasarı'nın 10 ve 11. maddelerine gönderme yapılmakta, 10. maddede hükme bağlanmış olan sağlık personelinin tıbbi fiiller sırasında öğrendiği sırları ifşa etmemesi ve 11. maddede kaleme alınan bilimsel araştırmalar sırasında hastanın kimliğinin açıklanmaması esaslarına aykırılık halinde altı aydan üç yıla kadar hapis ve bir milyardan beş milyara kadar ağır para cezası verilmesi öngörülmektedir. 39. maddenin ikinci fıkrasında, birinci fıkrada ifşa edilmesi cezalandırılan sırların basın-yayın araçları yoluyla açıklanması durumu ağırlatıcı neden olarak kabul edilmiş ve bu halde cezanın üçte iki oranında artırılması hükme bağlanmıştır.

40. maddede ise, yine Tasarı'nın 10. maddesinde düzenlenen hasta ile ilgili bilgi ve tıbbi kayıtları saklama yükümlülüğüne uymayanlar ile bu fiillerin gerçekleştiği kurum ve kuruluşların sorumlularına veya yöneticilerine bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş milyar liradan on milyar liraya kadar ağır para cezası verilmesi öngörülmektedir. Bu durumda, herhalde denetim görevini ihmal eden sorumlu yöneticiler bakımından hürriyeti bağlayıcı ceza kabul ediliyor görülmektedir.

Tasarı'nın "İzinsiz bilimsel araştırma" başlıklı 41. maddesinin birinci fıkrasında, Tasarı'nın 13. maddesi uyarınca hasta üzerinde bilimsel araştırma yapılırken, araştırma dahilinde öngörülemeyen veya deneğin yaşamını tehlikeye sokan bir "risk şüphesinin" varlığı durumunda araştırmaya son vermeyip devam edenler

cezalandırılmaktadır. Buna göre, anılan türde bir "risk şüphesinin" varlığına karşın araştırmaya devam edenlere, "zararlı netice daha ağır bir cezayı gerektirmiyor ise", bir yıldan iki yıla kadar hapis ve beş milyar liradan on milyar liraya kadar ağır para cezasının yanı sıra ayrıca aynı süre ile meslekten men cezası öngörülmektedir.

Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise, hasta ve denek üzerinde bilimsel araştırma esaslarını düzenleyen 13. maddede yer alan koşullara uyulmaksızın araştırma yapanlar hakkında üç yıldan beş yıla kadar hapis, on milyar liradan yirmi milyar liraya kadar ağır para ve aynı süre ile meslekten men cezası verileceği öngörülmektedir. 13. maddede belirtilen hastanın rızası, Bakanlık izni ve mesleki yönden yeterli kişilerin araştırma yapması koşullarının yanı sıra, üçüncü fıkrada deneklerin muhtemel zararlarının tazminini sağlamak üzere sigorta yaptırılması koşulu da getirilmiştir. Yine aynı fıkrada, araştırma giderlerinin, "deneğe, yakınlarına ya da sosyal güvenlik kurumuna" yansıtılmayacağı hükme bağlanmıştır. 41. maddenin söz konusu ikinci fıkrasında, 13. maddenin bütününe gönderme yapılarak, maddede öngörülen koşulların her birine aykırılık suç sayılmış olmaktadır. Bu ifadeden hareketle, sigorta ve giderler ile ilgili düzenlemelere aykırılığın da suç olarak kabul edildiği sonucuna varılabilecektir. Madde gerekçesinde de "Bilimsel araştırmaların belirtilen esas ve usule uygun yapılmaması hallerinin müeyyideye bağlanması için madde düzenlenmiştir" açıklamasıyla yetinilmekte, usul ve koşullar arasında herhangi bir ayırım yapılmamaktadır. Eğer sigorta yapma yükümlülüğü ve giderlere ilişkin "yansıtma yasağı"nın ihlali hali cezalandırılmak isteniyorsa bir sorun bulunmamaktadır. Bununla birlikte, cezalandırılmak istenen fiiller sadece birinci fıkrada yer alan koşulların ihlaline ilişkin ise, 41. maddenin ikinci fıkrasındaki göndermenin açıkça bu birinci fıkra hükmüne yapılması gerekirdi.

41. maddenin üçüncü fıkrasında hekim olmaksızın hasta üzerinde araştırma ve deney yapma fiillerinin cezalandırılması yoluna gidilmiştir. Burada fail hekim değildir. Hekimin yeterli olmaması ve bir kimsenin hekim olmaması durumları farklıdır. Mesleki bakımdan yetersiz hekimlerin hasta üzerinde araştırma yapmaları, 13. maddenin birinci fıkrasında düzenlenen koşullardan birinin ihlali olup, 41. maddenin ikinci fıkrası hükmü ile cezalandırılmaktadır. Burada söz konusu olan, kişinin hekim olmamasına karşın anılan türde tıbbi fiiller gerçekleştirmesidir. Bu kişiler bakımından beş yıldan on yıla kadar hapis, onbeş milyar liradan yirmi milyar liraya kadar ağır para ve aynı süre ile meslekten men cezası verileceği öngörülmektedir.

41. maddenin son fıkrasında ise, ikinci ve üçüncü fıkralarda belirtilen ipotezlerde ortaya çıkan neticenin diğer



kanunlar uyarınca daha ağır bir cezayı gerektirmesi durumunda failin o hükme göre cezalandırılacağı kabul edilmektedir.

42. maddede ise, "Tıbbi kötü uygulama ile ilgili bir suçun delillerini ortadan kaldıran, değiştiren, bu belgeleri gerçeğe aykırı düzenleyen veya değiştirenler hakkında beş yıldan on yıla kadar hapis, onbeş milyar liradan yirmi milyar liraya kadar ağır para ve aynı süre kadar meslekten men ve kamu hizmetlerinden yasaklılık cezası verilir" demek suretiyle, bu alandaki delillerin tahrif edilmesi ya da karartılması fiilleri ayrı ve özel bir suç olarak kabul edilmektedir. Örneğin, tedbirsizlik ile ölüme sebebiyet verilen bir cerrahi müdahalenin cezaen koşuşturulmasına engel olmak amacıyla hasta dosyasının yok edilmesi durumunda bu suç işlenmiş olacaktır.

Tasarı'nın 43. maddesinde kamuoyunu çok meşgul eden bir konu düzenlenmektedir. "Yetkili merciin izni olmaksızın cinsel muayene" kenar başlıklı madde metninde, Tasarı'nın bu muayene türünün esaslarını belirleyen 9. maddesine aykırılık cezalandırılmaktadır. Söz konusu 9. maddede hekimler de dahil tüm sağlık personelinin ancak cumhuriyet başsavcılıkları veya mahkemelerden gelen cinsel nitelikli muayene taleplerini kabul ile yükümlü oldukları yolunda düzenleme yer almaktadır. Bu durumda anılan merciler dışındakilerin, örneğin kolluk amir ya da memurlarının bu yöndeki talepleri reddedilecektir. Bu esasa aykırılık üç aydan altı aya kadar hapis ve beşyüz milyon liradan bir milyar liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılacaktır.

Tasarı'nın 44. maddesinde, özel kanunlardaki salgın hastalıklara ilişkin bildirim yükümlülükleri dışında kalmakla birlikte hastanın yakınları ve kamunun sağlığı açısından ciddi tehdit oluşturan hastalıkların derhal hasta yakınlarına ve Sağlık Bakanlığı'na bildirilmesi öngörülmekte, bunun ihlali durumunda, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve aynı süre ile meslekten men cezası verileceği öngörülmektedir. Düzenleme, hastalığın, hem hastanın yakınları hem de kamunun sağlığı açısından ciddi tehdit oluşturmasını aramaktadır. Herhangi bir tehdit yeterli değildir. Ciddi bir tehdit söz konusu olmalı ve aynı anda hem hastanın yakınlarına hem de kamu sağlığına yönelmelidir. Hastalıklar tür ve isim olarak belirtilmediği için somut olayda böyle bir tehlikenin bulunup bulunmadığı hususunda sağlık personeli bakımından söz konusu olabilecek değerlendirme yani tıbbi yorum ya da yargı farkları maddenin uygulanmasında güçlük yaratabilecektir.

Tasarı'nın çağdaş ceza hukukunun ve hukukun temel ilkeleri açısından belki de en sorunlu düzenlemelerinden biri "Tıbbi hizmetlere ticari yön verilmesi" kenar başlıklı

45. maddesidir. Maddeye göre, "Hasta veya yakınlarından haksız çıkar sağlayan veya bu amacı gözeterek başka kişi veya kuruluşlara hasta gönderen veya görevli bulunduğu kurum veya kuruluşun hizmetlerini aksatarak özel işyerlerine yönlendiren veya özel işyerinde teşhis veya tedavi ettiği hastaya görevli olduğu kurumda ayrıcalık tanıyan veya belli şirketlerden malzeme ve ilaç almayı öneren, özel işyerlerine hasta gönderen veya ticari kuruluşlarla çıkar ilişkisi içinde bulunanlara bir yıldan üç yıla kadar hapis, beş milyar liradan on milyar liraya kadar ağır para ve ayrıca aynı süre kadar meslekten men cezası verilir".

Madde gerekçesinde, tıbbi hizmetlerin bazı istisnalar saklı olmak üzere bedel karşılığı verilmesi ile bunlara ticari yön verilmesinin farklı durumlar olduğu, tıbbi hizmetlerin ticarileşmesinin kabul edilemeyeceği, bu nedenle ceza müeyyidesine başvurulduğu belirtilmektedir. Madde metninden ve gerekçeden, memurlar ya da ceza kanunlarının uygulanması bakımından memur sayılanlar dışındaki sağlık personeli (hekimler de dahil) tarafından da bu fiillerin işlenebileceği sonucu çıkmakta, ticari yön verme yasağı, tüm hekimler ve diğer sağlık personeli bakımından hüküm doğurmaktadır.

Maddeye göre,

- Hasta veya yakınlarından haksız çıkar sağlamak,

- Haksız çıkar sağlamak amacıyla başka kişi ve kuruluşlara hasta göndermek, görevli bulunduğu kurum veya kuruluşun hizmetlerini aksatarak özel işyerlerine yönlendirmek, özel işyerinde teşhis ve tedavi ettiği hastaya görevli olduğu kurumda ayrıcalık tanımak, belli şirketlerden malzeme ve ilaç almayı önermek özel işyerlerine hasta göndermek,

- Ticari kuruluşlarla çıkar ilişkisi içinde bulunmak fiillerinin faillerine, bir yıldan üç yıla kadar hapis, beş milyar liradan on milyar liraya kadar ağır para cezası ile aynı süre kadar meslekten men cezası verilmesi öngörülmektedir.

İlk olarak hasta veya yakınlarından haksız çıkar sağlamak suç sayılmıştır. Bu haksız çıkarın ne suretle sağlanacağı, failin memuriyet sıfatına sahip olması gerekip gerekmediği gibi konular açık değildir. Madde metninde yer verilen bazı fiiller bakımından failin memur olması gerektiği izlenimi doğsa da düzenleme belirsizdir. "Haksız çıkar" hukuka aykırı olarak elde edilen çıkardır. Bu çerçevede, sözleşmeye aykırılık da hukuka aykırılıktır. Buna göre, muayene ücretini peşin olarak alan bir serbest çalışan hekimin, daha sonraki kontrollerde hastaya bakmayı reddetmesi ceza sorumluluğu gerektiren bir zararlı netice ortaya çıkmamış olsa bile vekalet sözleşmesine aykırılık teşkil edecektir. Bu düzenleme ile konu akde aykırılıktan

kaynaklanan bir özel hukuk sorunu olmaktan çıkarılarak ceza hukukunun alanına sokulmakta ve akde aykırılık ceza hukukunu ilgilendiren bir zararlı netice ortaya çıkmamış olsa bile ceza müeyyidesine bağlanmaktadır. Böylece, akde aykırı davranan hekim sırf bu nedenle hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılmaktadır. Böyle bir düzenlemenin çağdaş hukuk ilkeleri ile bağdaştırılması mümkün değildir. Hekimin bu tür bir davranışının hukuki sorumluluğa yol açmasının yanı sıra meslek odaları tarafından uygulanacak yaptırımlarla karşılanması mümkün ve doğru iken, sözleşme ilişkisinin ihlalinin ceza müeyyidesi ile karşılanması doğru değildir.

İkinci olarak bazı fiillerin haksız çıkar sağlamak amacıyla gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Buna göre, haksız çıkar sağlamak amacıyla başka kişi ve kuruluşlara hasta göndermek suç sayılmıştır. Madde metninde bir ayırım yapılmadığı için hekim ister memur ya da işçi olsun ister serbest çalışsın bu suçun faili olabilecektir. Buna göre örneğin özel bir hastanede iş akdi ile çalışan hekim, sadakat borcunu ihlal ile hastayı bir başka özel hastaneye gönderir ve bundan bir çıkar sağlar ise, maddede öngörülen hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılacaktır. Yani iş akdine aykırılık hapis cezası ile karşılanacaktır.

Bu kapsamda belirtilen bir diğer fiil haksız çıkar sağlamak amacıyla hastayı görevli bulunduğu kurum veya kuruluşun hizmetlerini aksatarak özel işyerlerine yönlendirmektir. Gereğede ve madde metninde herhangi bir açıklık olmamakla birlikte herhalde kastolunan memur ya da memur sayılan sağlık personelidir diye düşünmek mümkündür. Failin memur olması halinde, bir kamu hizmetinin gerektiği gibi yerine getirilmesi ve idarenin, memurun doğru ve dürüst çalışmasına ilişkin menfaatinin cezaen korunması anlaşılır bir durumdur, ancak memur faililer dışında kalanlar bakımından yukarıdaki paragrafta dile getirdiğimiz sakıncalar geçerli olacaktır.

Haksız çıkar sağlamak amacıyla özel işyerinde teşhis ve tedavi ettiği hastaya görevli olduğu kurumda ayrıcalık tanımak ise, bir diğer suç fiilidir. Burada fail herhalde, hem bir devlet hastanesinde ya da devlete ait bir sağlık kuruluşunda çalışıp hem de ayrıca muayenehane sahibi hekimlerden olmalıdır.

Haksız çıkar sağlamak amacıyla belli şirketlerden malzeme ve ilaç almayı önermek de yine suç sayılmıştır.

Haksız çıkar sağlamak amacıyla özel işyerlerine hasta göndermek fiili de suç sayılmıştır. Bu fiilin madde metninde daha önce sayılan başka kişi ve kuruluşlara hasta göndermek ve görevli bulunduğu kurum veya kuruluşun hizmetlerini aksatarak özel işyerlerine yönlendirmek fiillerinden farkını tespit güçtür. "Özel işyerleri" deyiminin kullanılmış olması karşısında burada da devlete bağlı bir sağlık kuruluşunda çalışan sağlık personelinin fail olarak kabul edildiği düşünülecektir.

45. maddede, ticari kuruluşlarla çıkar ilişkisi içinde olmak da suç sayılmıştır. Fail sadece memuriyet ilişkisi ile çalışanlardan olsa dahi son derece geniş ve sınırlarını tayinde güçlük çekilecek bir hüküm olduğu düşünülmelidir.

Nihayet Tasarı'nın Geçici ve Son Hükümler Başlıklı sekizinci bölümü altında yer alan 48. maddede, "29/5/1979 tarihli ve 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanununun 15'inci maddesinin sonuna "Bunlar hakkında ayrıca ömür boyu kamu hizmetlerinden yasaklılık ve meslekten men cezası verilir" cümlesi ilave edilmiştir hükmü yer almaktadır. Anılan kanunun 15'inci maddesinde farklı ağırlıktaki fiiller için ortak bir ceza müeyyidesi sevk edilmiş ve bu nedenle düzenleme eleştirilmişti (Toroslu, N, 1978, 115). Şimdi daha da ileri gidilerek ortak düzenlemeye bir başka müeyyide daha eklenmektedir.

Hatalı tıbbi fiiller ve sağlık kamu hizmetinin aksamasından doğan sıkıntıların giderilmesi bakımından ceza müeyyidesinden yararlanılması elbette mümkündür. Yaşam hakkı, vücut bütünlüğü gibi temel kavramlar ile doğrudan ilişkili bir alanda ceza müeyyidesinin önemli işlevi olacağı açıktır. Bununla birlikte, ceza müeyyidesi kullanılırken hukukun ve ceza hukukunun bazı temel ilkelerine uygun davranılması şarttır. Bu çerçevede suçla mücadelenin, suç ve cezalarda kanunilik ilkesi gibi ceza hukukunun tüm temel ilkeleri ile uyum içinde bulunması zorunludur. Tasarı'nın, bu haliyle kanunlaşmaması ve ayrıntılı biçimde yeniden gözden geçirilmesi gerekmektedir.

#### KAYNAKLAR

Toroslu, N. (1978), "Organ Aktarma ve Cezai Sorumluluk", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 35,1-4, ss. 91-118.