

## **HUKUKA UYGUNLUK NEDENİ OLARAK ZORUNLULUK HALİ VE USUL HUKUKUNDA TANIKLIK ALMAN CEZA KANUNU m. 203'TEKİ SUSMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İHLALİNİN GEREKÇESİNİ OLUŞTURUR MU?**

*Rechtfertigender Notstand und prozessuale Zeugenaussage als Gründe für einen Bruch der Schweigepflicht nach § 203 StGB?*

**Yazar: Prof. Dr. Claus ROXIN**

**Çeviren: Doç. Dr. Ahmet Hulusi AKKAŞ\***

### **ÖZET**

Kendisine emanet edilen ya da belirli mesleklerin bir üyesi olarak veya başka şekilde öğrendiği (örnek olarak sadece doktorlar ve avukatlardan bahsedeceğim) "başkasına ait sırrı yetkisiz olarak ifşa eden..." kişi (bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile) cezalandırılacağı, StGB § 203/1'de düzenlenmiştir. Kanundaki açık düzenlemele-

---

\* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, ahakkas@erciyes.edu.tr, ORCID: 0000-0001-5217-5951.

**Makale Geliş Tarihi:**31.07.2023

**Makale Kabul Tarihi:**26.09.2023

- ⇒ Atıf Şekli: Claus Roxin "Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Zorunluluk Hali ve Usul Hukukunda Tanıklık Alman Ceza Kanunu md. 203'teki Susma Yükümlülüğünün İhlalinin Gerekçesini Oluşturur mu?", Çeviren: Ahmet Hulusi Akkaş, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 19/1 (2024): 221-242.
- ⇒ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.



rin yanı sıra bir sırrın ifşasının haklı bulunup bulunamayacağı ve bunun mahkemede kullanılıp kullanılmayacağı tartışmalara sebep olmaktadır. Bu tartışmaların etrafında şekillendiği ilk alan, StGB § 34'te yer alan zorunluluk hali nedeni ile hukuka uygunluk imkanı ile ilgilidir. İkincisi ise, StGB § 203'ü ihlal eden bir ifadenin, mahkemedeki bir tanıklık bağlamında yapılmış olması halinde, kullanılıp kullanılmayacağı sorusu ile ilgilidir. Bu çerçevede, StGB § 34 hasta veya müvekkilin işlediği ağır bir suçtan dolayı hakkında ceza kovuşturmasını sağlamak için gizliliğin ihlal edilmesini haklı çıkarır mı? sorusuna yanıt bulmak gerekmektedir. Herkesin – ağır bir suçun faili de olsa-, kendisini takibata maruz bırakacağından korkmadan, tıbbi yardım ve hukuki tavsiye alma hakkına sahip olduğu düşüncesinden hareketle sadece hasta veya müvekkilin tamamlanmış bir suçunu ortaya çıkarmak için susma yükümlülüğünün ihlalini hiçbir şekilde haklı görmeyen çoğunluk görüşüne katılmak gerekir. Sorun teşkil eden bir diğer husus ise masum bir kişi hakkında kesin hükmün verildiği, ancak susma yükümlülüğü olan kişinin hasta veya müvekkilin verdiği bilgilerden veya somut belirtilerden bu kişinin fail olduğuna dair bilgi edinmesidir. Bu soruna ilişkin sunulabilecek çözüm, bir yandan-yeniden yargılamayı mümkün kılmak için- gerçeklerin açıklanmasına izin vermek, diğer yandan da kanıt oluşturan belgelerin hasta veya müvekkil aleyhine kullanılmasını yasaklamak olacaktır.

### **EXTENDED ABSTRACT**

The disclosure of a secret belonging to another, learned either in the capacity as a custodian of that secret, as a member of certain professions, or in any other manner (for the purpose of this discussion, I will only mention doctors and lawyers) without authorization, is punishable under StGB § 203/1 with imprisonment of up to one year or a fine. In addition to the explicit provisions of the law, the legitimacy of disclosing a secret and its admissibility in court is a subject of debate. The discussions revolve around two main areas: the first concerns the possibility of justification under the duress of necessity as provided in StGB § 34. The second pertains to the question of whether a statement violating StGB § 203, if made in the

context of testimony in court, can be used. In this framework, the question of whether the violation of confidentiality to facilitate criminal prosecution against a patient or client for a serious crime they committed can be justified under StGB § 34 needs to be addressed. Considering the view that everyone – even if they are the perpetrator of a serious crime – has the right to seek medical help and legal advice without fear of prosecution, it is necessary to agree with the majority opinion that sees no justification whatsoever for breaching the duty of confidentiality merely to reveal a completed crime of a patient or client. Another issue arises when a person, who is under a duty of confidentiality, gains information indicating that a patient or client is the perpetrator based on information provided by the patient or client or on concrete indications, especially in cases where an innocent person has been wrongly convicted. A possible solution to this issue could be to allow the disclosure of facts to enable a retrial while prohibiting the use of documents created as evidence against the patient or client. Another question that requires consideration within the context of StGB § 34 is whether the breach of confidentiality to prevent a legal harm originating from the patient or client can be justified. The prevailing view in the doctrine accepts the breach of confidentiality in such situations if the interests in disclosure outweigh the patient's or client's interest in confidentiality, in the sense of StGB § 34. The question of whether a witness statement made by a doctor or lawyer in court can be justified if it breaches the duty of confidentiality and whether it can be used against the patient or client is answered affirmatively in established case law, on the grounds that StPO § 53/1 grants these individuals the right to refuse to testify but does not impose a duty to refuse, hence allowing the use of such testimony. In the decisions made on the subject, it was stated that if a reliable person culpably violates professional confidentiality in court, this situation will not affect the admissibility of the statement within the scope of procedural law, and it was stated that the defendant does not have a right in procedural law to exercise the witness's power of silence. It is left to the witness whether he wishes to expose himself to the risk of criminal prosecution. Likewise, in a decision of the Federal Supreme Court, it

was decided that a patient's explicit refusal to give permission to his doctor to testify would not constitute a violation of procedural law. These decisions have been accepted in the doctrine because the judge will not evaluate whether the judge made an unauthorized statement within the meaning of StGB § 203. However, it is necessary to agree with the critical view that the substantive illegality of the statement should also result in its procedural inadmissibility.

## GİRİŞ

StGB § 203/1'e göre\*\*, kendisine emanet edilen ya da belirli mesleklerin bir üyesi olarak veya başka şekilde öğrendiği (örnek olarak

---

\*\* Çevirmen Notu: Alman Ceza Kanunu (StGB) §203 şu şekildedir: **§ 203 Kişisel Sırların İhlal Edilmesi**

- (1) Bir başkasının sırrını, başka bir deyişle kişisel yaşam alanına ait bir sırrı ya da ticari veya iş sırrını yetkisiz bir şekilde ifşa eden,
1. Doktor, diş hekimi, veteriner hekim, eczacı veya mesleğin icrası veya mesleki unvanın kullanımı için devlet tarafından düzenlenmiş eğitim gerektiren başka bir tıbbi mesleğin üyesi,
  2. Devlet tarafından tanınan bilimsel bir sınavı başarmış profesyonel psikologlar,
  3. Avukat, meslek odası avukatı, patent vekili, noter, kanunla yönetilen işlemlerde savunma avukatı, yeminli mali müşavir, yeminli denetçi, vergi danışmanı, vergi acentesi,
  - 3a. Denetçi, muhasebeci veya vergi danışmanları ve vergi acentelerinin bir meslek icra şirketinin, avukatların, bir meslek icra şirketinin veya Avrupa'da faaliyet gösteren avukatların veya bir patent vekillerinin veya Avrupa'da faaliyet gösteren patent vekillerinin bir meslek icra şirketinin organının veya organının üyesinin, denetim, muhasebe veya meslek icra şirketinin denetim, muhasebe veya vergi konularında yardım ile veya avukatlık veya patent vekilliği faaliyetleri ile bağlantılı olarak,
  4. Evlilik, aile, eğitim veya gençlik danışmanlarının yanı sıra bir kamu kurumu veya kamu hukukuna tabi kurum, kuruluş veya vakıf tarafından tanınan bir danışmanlık merkezinde bağımlılık konularında çalışan danışmanlar,
  5. Hamilelik Sorunları Kanunu'nun 3. ve 8. paragraflarına göre tanınmış bir danışmanlık merkezinin üyesi veya yetkili temsilcisi,
  6. devlet tarafından tanınan sosyal hizmet uzmanı veya devlet tarafından tanınan sosyal pedagoğ veya
  7. Özel bir sağlık, kaza veya hayat sigortası şirketinin veya özel bir tıbbi, vergi danışmanlığı veya avukatlık bürosunun üyesi, olarak kendisine emanet edilen veya başka bir şekilde öğrendiğini açıklayan her kişi, bir yıldan fazla olmamak üzere hapis veya para cezası ile cezalandırılır.

- (2) Başka bir kişiye ait bir sırrı, başka bir deyişle kişisel yaşam alanına ait bir sırrı veya ticari ya da iş sırrı olduğunu düşündüğü bir sırrı izinsiz olarak ifşa eden
  1. Kamu görevlisi veya Avrupa kamu görevlisi,
  2. özel kamu hizmeti yükümlülüğü olanlar,
  3. kamu kuruluşlarında personel temsilciliği ile ilgili normlar uyarınca görevler yerine getiren veya yetkiler kullanan kişi,
  4. federal veya eyalet yasama organı adına hareket eden ve kendisi yasama organı üyesi olmayan bir araştırma komitesi, başka bir komite veya konsey üyesi veya böyle bir komite veya konseyin yardımcısı,
  5. yükümlülüklerini özenli bir şekilde yerine getirmeye, kanun gereği resmen görevlendirilen ve resmen atanan bilirkişi veya,
  6. bilimsel araştırma projelerinin yürütülmesinde gizlilik yükümlülüğünü özenli bir şekilde yerine getirmeye, kanun gereği resmen görevlendirilmiş, olarak kendisine emanet edilen veya başka bir şekilde öğrendiğini açıklayan, başka bir kişinin kişisel veya fiili durumlarına ilişkin olarak kamu idaresince toplanan bireysel bilgiler, 1. cümle anlamında bir sırra eşdeğer kabul edilir; ancak, bu tür kişisel bilgilerin kamu görevinin ifası için diğer makamlara veya diğer organlara açıklanması ve kanunun bunu yasaklamaması halinde 1. cümle uygulanmayacaktır.
- (3) Paragraf 1 ve 2'de atıfta bulunulan kişilerin, sırları kendileri için mesleki olarak çalışan yardımcılarına veya mesleğe hazırlık amacıyla kendileri için çalışan kişilere erişilebilir halinde, bu hüküm anlamında bir ifşa gerçekleşmiş sayılmaz. Paragraf 1 ve 2'de atıfta bulunulan kişiler, üçüncü şahıslara ait sırları, mesleki veya resmi faaliyetlerine dahil olan diğer kişilere, ilgili diğer kişilerin faaliyetlerinin kullanımı için gerekli olduğu ölçüde açıklayabilirler; aynı durum, 1. ve 2. paragraflarda belirtilen kişilerin mesleki veya resmi faaliyetlerine katılan diğer kişileri kullanmaları halinde, diğer katkıda bulunanlar için de geçerli olacaktır.
- (4) Yetkisi olmaksızın, 1. ve 2. paragraflarda atıfta bulunulan kişiler için çalışan bir veri koruma görevlisi veya katkıda bulunan bir kişi olarak görevlerinin ifası sırasında veya ifası vesilesiyle bilgisine ulaşan başka bir kişiye ait bir sırrı ifşa eden herhangi bir kişi hakkında bir yılı aşmayan bir hapis cezası veya para cezası uygulanır. Aynı şekilde, her kim
  1. 1. ve 2. paragraflarda atıfta bulunulan bir kişi olarak, görevlerinin ifası sırasında veya bu vesileyle bilgisine ulaşan bir üçüncü taraf sırrını yetkisiz bir şekilde ifşa eden diğer herhangi bir katkıda bulunan kişinin gizlilikle bağlı olmasını sağlamamışsa; bu durum, kendileri de 1. veya 2. paragraflarda atıfta bulunulan bir kişi olan diğer katkıda bulunan kişiler için geçerli olmayacaktır,
  2. paragraf 3'te atıfta bulunulan bir katkıda bulunan kişi olarak, çalışması sırasında veya çalışması vesilesiyle kendisi tarafından bilinen bir üçüncü taraf sırrını yetkisiz bir şekilde ifşa eden başka bir katkıda bulunan kişiden yararlanmışsa ve bu kişinin gizlilik yemini etmesini sağlamamışsa; bu durum, kendileri de 1. veya 2. paragraflarda atıfta bulunulan bir kişi olan diğer katkıda bulunan kişiler için geçerli değildir veya
  3. 1'inci cümle veya 1.veya 2. paragraflar uyarınca yükümlü olan kişinin ölümünden sonra, ölen kişiden öğrendiği veya ölen kişinin terekesinden elde ettiği üçüncü kişilere ait bir sırrı yetkisiz olarak ifşa ederse
- (5) Failin ilgili kişinin ölümünden sonra üçüncü şahıslara ait sırrı izinsiz olarak ifşa etmesi halinde de 1 ila 4. paragraflar uygulanır.

sadece doktorlar ve avukatlardan bahsedeceğim) "başkasına ait sırrı yetkisiz olarak ifşa eden..." kişi (bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile) cezalandırılır.

Elbette bu durum sadece ifşanın "yetkisiz" olması halinde geçerlidir. Sadece hasta veya müvekkilin doktor veya avukatı susma yükümlülüğünden muaf tutması halinde değil (StPO § 53/2, 1. cümle), diğer birçok kanuni düzenlemede ilgililere ifşa yükümlülüğü getirilen hallerde de yetkilidir<sup>1,\*\*\*</sup>. Bunun yanında, kanunla açıkça düzenlenmemiş olan ve bir

---

Eğer fail ücret karşılığında veya kendisini veya bir başkasını zenginleştirmek veya bir başkasına zarar vermek niyetiyle hareket ederse, cezası iki yıla kadar hapis veya para cezasıdır.

<sup>1</sup> Karşılaştırınız sadece Thomas Fischer, Strafgesetzbuch, 66. Bası (C.H. Beck Yayıncılık, 2019), §203 Rn. 73 ff.

\*\*\* Çevirmen Notu: Alman Ceza Muhakemesi Kanunu (StPO) § 53 şu şekildedir: **§ 53 Mesleki Gizliliğe Sahip Kişilerin Tanıklık Etmeyi Reddetme Hakkı**

- (1) Aşağıdaki durumlarda tanık, tanıklık etmeyi reddetme hakkına sahip olacaktır
1. Din görevlileri, kendilerine tevdi edilen veya papaz sıfatıyla bildikleri şeyler hakkında;
  2. Sanık müdafisi, kendisine tevdi edilen veya bu sıfatla bilgisi dahilinde olan hususlar hakkında;
  3. Avukatlar ve meslek odaları, patent avukatları, noterler, denetçiler, yeminli mali müşavirler, vergi danışmanları ve vergi acenteleri, doktorlar, diş hekimleri, psikoterapistler, psikolojik psikoterapistler, çocuk ve gençlik psikoterapistleri, eczacılar ve ebeler kendilerine tevdi edilen veya bu sıfatla öğrendikleri hususlarda; kurum avukatları (Federal Avukatlık Kanunu § 46/2) ve kurum içi patent vekilleri (Patent Vekilleri Kanunu §41a/22) için, § 53a maddesine tabi olmak kaydıyla, kendilerine emanet edilen veya bu sıfatla öğrendikleri şeylerle ilgili olarak bu hüküm uygulanmaz;
  - 3a. Hamilelik Sorunları Kanunu §§ 3 ve 8 uyarınca tanınmış bir danışmanlık merkezinin üyeleri veya temsilcileri, kendilerine emanet edilen veya bu sıfatla öğrendikleri şeyler hakkında;
  - 3b. Bir kamu kurumu veya kamu tüzel kişisi, kurum veya kuruluşu tarafından tanınan veya kurulan bir danışma merkezindeki uyuşturucu bağımlılığı konularında danışmanlar, kendilerine emanet edilen veya bu sıfatla bilgilerine gelen konularda;
  4. Alman Federal Meclisi, Federal Meclis, Federal Avrupa Parlamentosu Federal Almanya Üyeleri veya bir Eyalet Parlamentosu üyeleri, bu organların üyesi sıfatıyla kendilerine olguları emanet eden veya bu sıfatla olguları emanet ettikleri kişiler ve bu olguların kendileri hakkında;
  5. Basılı eserlerin, radyo yayınlarının, film raporlarının veya bilgilendirme veya kanaat oluşturmaya hizmet eden bilgi ve iletişim hizmetlerinin hazırlanmasına, üretilmesine veya yayılmasına profesyonel olarak yardımcı olan veya yardımcı olmuş kişiler.

sırrın ifşasını haklı gösterip gösteremeyeceği ve mahkemede kullanılıp kullanılmayacağı ve şayet bunlar mümkünse ne ölçüde olacağı tartışılmalıdır.

Bunlardan ilki, zorunluluk hali nedeni ile hukuka uygunluk imkanı ile ilgilidir (StGB § 34\*\*\*\*) ve bu da üç farklı gruptan oluşmaktadır; ikincisi, StGB § 203'ü ihlal eden bir ifadenin, mahkemedeki bir tanıklık bağlamında yapılmış olması halinde, kullanılıp kullanılmayacağı sorusu

---

Fıkra 1 numara 5'te belirtilen kişiler, katkı ve belgelerin yazarı veya göndericisi veya diğer muhbirin şahsı hakkında ve faaliyetleriyle ilgili olarak kendilerine yapılan iletişimler, bunların içeriği ve kendi hazırladıkları materyallerin içeriği ve meslekle ilgili algıların konusu hakkında tanıklık etmeyi reddedebilirler. Bu durum sadece editoryal bölüm veya editoryal olarak hazırlanmış bilgi ve iletişim hizmetleri için katkılar, belgeler, bildirimler ve materyallerle ilgili olduğu sürece geçerlidir.

(2) Birinci fıkranın birinci cümlesi numara 2 ila 3b'de adı geçen kişiler, susma yükümlülüğünden muaf tutulmuşlarsa ifade vermeyi reddedemezler. Birinci fıkranın birinci cümlesi numara 5'te belirtilen kişilerin kendi hazırladıkları materyallerin içeriği ve ilgili algıların konusu hakkında tanıklık etmeyi reddetme hakkı, tanıklığın bir suçun çözülmesine yardımcı olması veya soruşturma konusunun

1. barışa karşı ihanet ve demokratik hukuk devletini tehlikeye atma veya vatana ihanet ve dış güvenliği tehlikeye atma suçu (StGB §§ 80a, 85, 87, 88, 95, ayrıca § 97b, §§ 97a, 98 ila 100a bölümleri ile bağlantılı olarak)
2. StGB §§ 174 ila 174c, 176a, 176b, 177/2-1 uyarınca cinsel dokunulmazlığa karşı bir suç veya
3. StGB § 261 uyarınca, öncül suçu en az hapis cezasıyla cezalandırılan, kara para aklama suçu,

olması halinde ve gerçeğin araştırılması veya sanığın nerede olduğunun tespit edilmesi başka türlü mümkün olmaması veya zor olması halinde düşer. Bununla birlikte, tanık, katkı ve belgeleri yazan veya gönderen kişinin veya diğer muhbirin veya 1. fıkra 1. cümle 5. paragraf uyarınca faaliyetiyle ilgili olarak kendisine yapılan iletişimin veya bunların içeriğinin ifşa edilmesine yol açması durumunda tanıklık yapmayı reddedebilir.

\*\*\*\* Çevirmen Notu: Alman Ceza Kanunu (StGB) §34 şu şekildedir: **§34 Haklı Gereklilik (Hukuka Uygunluk Sebebi Oluşturan Zorunluluk Hali)**

Hayata, vücut dokunulmazlığına, özgürlüğe, şerefe, mala ya da başka bir şekilde ölenemeyecek başka bir hukuki menfaate yönelik mevcut bir tehlike karşısında, kendisine ya da başka bir kişiye yönelik tehlikeyi önlemek için bir eylemde bulunan bir kişi, çatışan menfaatler, başka bir deyişle ilgili hukuki menfaatler ve bunları tehdit eden tehlikenin derecesi tartıldığında, korunan menfaat, zarar gören menfaate önemli ölçüde ağır basıyorsa, hukuka aykırı davranmış olmaz. Ancak, bu durum yalnızca fiilin tehlikeyi önlemeye yönelik uygun bir araç olması halinde geçerlidir.

ile ilgilidir. Aşağıda ele almayı düşündüğüm sorunlar dört soru ile daha ayrıntılı olarak açıklanmaktadır.

1. Bir doktor veya avukatın, hastası veya müvekkili tarafından işlenen ağır bir suçu (cinayet gibi) öğrenmesi ve bunu yetkililere bildirmesi StGB § 203 uyarınca cezalandırılabilir mi ya da StGB § 34 gereğince haklı görülebilir mi?

2. Susma (sır saklama) yükümlülüğünü ihlal eden bir suç duyurusunun masum bir kişinin mahkumiyetini önlemeye yönelik olması halinde cezai sorumluluk ne olacaktır?

3. Hasta veya müvekkilin hukuki menfaatlerinin ihlali (HIV enfeksiyonu veya trafik suçları gibi) yakın zamanda ihlal edilmesini önlemeye yönelik bir suç duyurusu hukuka uygun olur mu?

4. StPO §53/1-3 gereğince ifade vermeyi reddetme hakkı bulunan bir doktor veya avukatın bu hakkını kullanmayıp susma yükümlülüğünü ihlal ederek yapmış olduğu tanık açıklamaları delil olarak değerlendirilebilir (verwertbar) mi?

### **A. StGB § 203 ile Korunan Hukuki Değer**

Yukarıdaki sorulara cevap verebilmek için öncelikle StGB § 203 ile korunan hukuki değer ne olduğunu belirlemekte fayda vardır. Zira yöneltilen dört soruda da çatışan menfaatlerin dengelenmesi söz konusu olduğu için susma yükümlülüğü ile korunan hukuki değer ağırlığı belirleyici bir rol oynamaktadır.

Çok eski zamanlardan beri, şahsi hakları koruma doktrini ile toplumsal menfaatleri koruma doktrini doğru hukuki menfaatin tespiti konusunda bir çatışma içindedir. İlk görüşe göre, StGB § 203, bir doktor veya avukattan yardım isteyen vatandaşın gizlilik çıkarlarını koruma amacı taşımaktadır; ikinci görüşe göre ise, susma yükümlülüğü olmadan başarılı bir şekilde icra edilemeyecek olan ilgili mesleklerin işleyişini korumaktadır. Örneğin Mittelbach<sup>2</sup> "Hastanın kişisel çıkarının arkasında çok önemli bir genel çıkar vardır" der. Bu, bireyin mahremiyetinden daha fazlası ile ilgilidir; "başka bir deyişle, doktor ile

<sup>2</sup> Mittelbach, MDR 1956, 566.



hasta<sup>3</sup> arasındaki güven ilişkisinin zedelenmesi ve bu nedenle hastanın tıbbi yardım almasının engellenmesi durumunda tehlikeye girecek gibi görünen kamu sağlığının korunması ile ilgilidir".

Federal Yüksek Mahkeme<sup>4</sup> de –diğerlerinin yanı sıra Mittelbach'a atıfta bulunarak- susma yükümlülüğünün "yalnızca bireyin mahremiyetine ilişkin menfaatine değil, ... aynı zamanda kamunun korunmasına" da hizmet ettiğini vurgulamıştır. Mahkeme ayrıca, hastaların "doktorun gizliliğine (gizliliğe riayetine) ilişkin şüphelerden dolayı takdir yetkisine ilişkin şüpheler nedeniyle tıbbi yardım almaktan caydırılmaması" gerektiğine de atıfta bulunmuştur.

Bununla birlikte, bireysel koruma teorisi haklı olarak son dönem doktrinde hakim görüştür. Bu teorinin Schönemann<sup>5</sup>, Rogall<sup>6</sup>, Michalowski<sup>7</sup> ve son olarak Jäschke<sup>8</sup> tarafından ayrıntılı olarak gerekçelendirilmesi nedeniyle burada kısa bir açıklama ile yetinebilirim.

"Gizliliğin İhlali" hükmünün StGB'nin özel hükümler bölümünün 15. kısmında düzenlenmiş olması ("Kişisel gizlilik ve mahremiyetin ihlali") ve suçun sadece suçtan zarar görenin şikayeti üzerine kovuşturulması bir yana (StGB § 205); hastaların "tıbbi yardım almaktan caydırılmasını" önlemeyi hedefleyen kanunun kişisel çıkarı da hizmet etmesi bireysel koruma teorisinin kabul edildiğinin göstergesidir.

Kuşkusuz bu anlayış, kamu yararının söz konusu olduğu halk sağlığına hizmet etmektedir. Ancak bunun somut korunan hukuki değerle hiçbir ilgisi yoktur. Hırsızlık suçu da- sadece bir örnek gerekirse- şahsi mülkiyeti korumak suretiyle kamu menfaatini de koruyor olsa da; korunan hukuki değer hala şahsi mülkiyettir, yani şahsi korumadır. StGB § 203 de bu nedenle kişisel mahremiyeti de korumaktadır.

<sup>3</sup> Burada bir doktor vakasının tartışması yapılmaktadır.

<sup>4</sup> NJW 1968, 2288, 2290.

<sup>5</sup> Bernd Schönemann, Der Strafrechtliche Schutz von Privatgeheimnissen, ZStW 90 (1978), 11, 51–57.

<sup>6</sup> Rogall, NStZ 1983, 1, 3–5.

<sup>7</sup> Sabine Michalowski, "Schutz der Vertraulichkeit strafrechtlich relevanter Patienteninformationen", 1997, ZStW 109 (1997), 519, 531.

<sup>8</sup> Jäschke, ZStW 131 (2019), 37.

Suçla korunan hukuki değer sorunu, başlangıçta yöneltile soruların cevabı açısından önemsiz değildir. Zira susma yükümlülüğünün ihlalinin kabul edilebilirliği, sadece veya her şeyden önce karşıt kamusal menfaatlerin tartımını gerektiriyorsa, sırların ifşasının kabul edilebilirliğine ulaşmak, anayasal güvence altına alınan gizliliğe ilişkin özel menfaatlerin ifşaya engel teşkil etmesine kıyasla daha kolaydır.

Bunlar Federal Anayasa Mahkemesi tarafından yeterli düzeyde tespit edilmiştir. Nitekim mahkeme 8 Mart 1972 tarihli bir kararında<sup>9</sup> şu tespiti yapmıştır: "Kişinin mahremiyetine saygı gösterilmesine ilişkin anayasal gerekliliğin temelini, Anayasa madde 2/1'de güvence altına alınan kişiliğin serbestçe geliştirilmesi hakkı oluşturmaktadır. Bu temel hakkın içeriği ve kapsamı belirlenirken, insan onurunun dokunulmaz olduğu ve devletin tüm eylem ve işlemlerine karşı korunması gerektiğini belirten Anayasa madde 1/1'deki temel norm göz önünde bulundurulmalıdır. Ayrıca, Anayasa madde 19/2'ye göre, Anayasa madde 2/1'deki temel hak, esas içeriği bakımından ihlal edilemez".

Kuşkusuzdur ki "özel yaşamın tüm alanı" bu mutlak koruma altında değildir. Dahası, susma yükümlülüğüne müdahale edilmesine, "özel hayatın dokunulmaz alanına müdahale etmedikleri sürece", "orantılılık ilkesi sıkı bir şekilde göz önünde bulundurulurken, kamunun daha üstün menfaatleri doğrultusunda" izin verilmelidir. Mahkemeye göre, söz konusu davada konu edilen hastaya ilişkin doktorun tutmuş olduğu kayıtlar, "dokunulamaz olan mahremiyeti değil ancak hastanın özel hayat alanı ile ilgilidir. Dolayısıyla kamu otoritesinin müdahalesine karşı Anayasanın 1. maddesinin 1. fıkrası ile bağlantılı olarak 2. maddesinin 1. fıkrasının sağladığı güvenceden yararlanır..

Bu da şu cümleyle taçlandırılır: " Tıbbi tedaviye başvuran her kişi /bir kimse, hekimin meleğini icrası kapsamında kendisinin sağlık durumu hakkında öğrendiği şeylerin/hususların, yetkisiz kişilerin bilgisine ulaşmayacağını bilmeli ve bunu bekleme hakkına sahip olmalıdır. "Susma yükümlülüğünün ihlal edilmesi," hastaya isnat edilen suçların aydınlatılmasındaki menfaat gerekçesiyle genellikle haklı gösterile-

<sup>9</sup> NJW 1972, 1123, 1124 = BVerfGE 32, 373.

mez". Böylece kamu yararı nedeniyle susma yükümlülüğünün ihlali/bir istisna getirilmesi gerçi tamamen yasaklanmamakta ancak çok ciddi bir şekilde sınırlandırılmaktadır. Aşağıda bu durum var sayılacaktır.

### **B. StGB § 34 Hasta veya Müvekkilin İşlediği Ağır Bir Suçtan Dolayı Hakkında Ceza Kovuşturmasını Sağlamak için Gizliliğin İhlal Edilmesini Haklı Çıkarır mı?**

Bu, büyük bir çoğunlukla reddedilmektedir. Örneğin Michalowski<sup>10</sup> "cezai takibat amacıyla hekimin susma yükümlülüğünün ihlalinin StGB § 34 kapsamında haklı gösterilemeyeceğini" belirtmektedir. Schünemann<sup>11</sup> da "cezai takibat amacıyla gizliliğin ihlal edilmesinin asla haklı gösterilemeyeceğini" belirtmektedir.

Ancak bu durum tamamen tartışmasız değildir. Örneğin Dannecker<sup>12</sup>, "işlenen suçun, kamunun menfaatlerinin gizlilik menfaatine göre öncelikli olmasını gerektirecek ağırlıkta veya kapsamda olması" halinde, gizliliği korumakla yükümlü kişi tarafından suçun bildirilmesine izin verilmesini kabul etmektedir. Gössel/Dölling<sup>13</sup> şu görüştedir: "Kural olarak- takibatı yapılan suçların türü ve yoğunluğuyla ölçüldüğünde- yalnızca, takibatın yapılmasının ağır basması durumunda, ifşa haklı olabilir".

Ancak sadece hasta veya müvekkilin tamamlanmış bir suçunu ortaya çıkarmak için susma yükümlülüğünün ihlalinin hiçbir şekilde haklı görmeyen çoğunluk görüşüne katılmak gerekir. StGB § 203'te tüm özel sırlar korunduğundan ve StPO § 53 doktorlara ve avukatlara, özellikle ağır suçlar için bir istisnaya yer vermeksizin, tanıklıktan çekinde konusunda genel bir hak tanıdığından, bu görüş zaten kanundan kaynaklanmaktadır.

<sup>10</sup> Michalowski, ZStW 109 (1997), 519, 531.

<sup>11</sup> Schünemann, in: LK-StGB, 12. Aufl. 2010, § 203 Rn. 141 m.w.N. in Fn. 246.

<sup>12</sup> Dannecker, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. 2017, § 203 Rn. 67 m.w.N.

<sup>13</sup> Gössel/Dölling, Strafrecht Besonderer Teil 1, 2. Aufl. 2004, § 37 Rn. 161.

Bunun arkasında yatan düşünce, herkesin – ağır bir suçun faili de olsa-, kendisini takibata maruz bırakacağından korkmadan, tıbbi yardım ve hukuki tavsiye alma hakkına sahip olduğu düşüncesidir.

Federal Anayasa Mahkemesi yukarıda atıfta bulunulan kararında<sup>14</sup> haklı olarak, susma yükümlülüğünün ihlalinin "genellikle suçları aydınlatmadaki menfaati ile haklı gösterilemeyeceğini" belirtmiştir. Yukarıda açıklanan susma yükümlülüğünün anayasal temeli, StGB § 34'e dayanarak hasta veya müvekkil tarafından işlenen suçların aydınlatılmasında ağır basan bir kamu yararını zaten hariç tutmalıdır.

### **C. Masum Bir Kişinin Cezalandırılmasını Önlemek Amacıyla StGB § 34 Uyarınca Gizliliğin İhlal Edilmesi Haklı Görülebilir mi?**

Burada, öğretilerdeki ağırlıklı görüş farklı bir sonuca varmaktadır. Buna göre "hukuk devletinde bir başkasının özgürlüğüne veya mülkiyetine ceza yoluyla yapılan haksız müdahale, o kadar ağırdır ki, bunun karşısında gizliliğin korunması geri planda kalır."<sup>15</sup> Schünemann<sup>16</sup> ise bu görüşe karşı çıkmaktadır: "Doktorların, avukatların vs. sır saklama yükümlülüğünü büyük ölçüde anlamsız hale getiren bu ... görüş, StGB § 203 ile korunan hukuki değer anayasal dayanağına uygun düşmez .... Eğer tanıklık etme ya da ihbar yükümlülüğünden değil de, bu konuda güven duyulan kişinin bir hakkı olduğundan hareket edilirse, keyfi kararlar için bir tür kanuni boşluk oluşturulmuş olur ki bu da ceza politikası açısından hiçbir anlam ifade etmez ...".

Bahse konu kaygılar üzerinde geniş bir mutabakat bulunmaktadır. Öncelikle, gizliliğin ihlal edilmesiyle öleneyecek haklı olmayan bir cezalandırma çok farklı ağırlıkta olabileceği göz önünde bulundurulmalıdır; her durumda olmasa da gizliliğin ihlalinin önlenmesindeki menfaat daha ağır basmaktadır. Michalowski, bu tarz durumlarda susma yükümlülüğünün ihlal edilmesine izin verilmesini istemekte-

<sup>14</sup> NJW 1972, 1123, 1124 = BVerfGE 32, 373.

<sup>15</sup> Schünemann, in: LK-StGB, §203 Rn.142 geniş ispat için dn. 247.

<sup>16</sup> Schünemann, in: LK-StGB, §203 Rn.142 geniş ispat için dn. 247.

dir<sup>17</sup>; dahası “şematik bir değerlendirme yapılmasının yerine her bir somut olayın şartlarına göre bir değerlendirme yapılması gerektiği kanaatindedir. Gizliliğe ilişkin menfaatin anayasal önemi nedeniyle, para cezasının uygulanması ancak istisnai durumlarda gizliliğin ihlal edilmesini haklı gösterebilir”. Ancak bu kısıtlamalar hukuki güvenliği o derece zarar vermektedir ki, bir doktor ya da avukata haksız bir mahkumiyeti önlemek için gizlilik yükümlülüğünü ihlal etmesini tavsiye etmek zor olacaktır.

Buna ek olarak, ciddi bir belirsizlik faktörü daha bulunmaktadır. Susma yükümlülüğü bulunan kişi, mahkemenin masum bir kişiyi mahkum edip etmeyeceğini ya da böyle bir olayda hapis cezası veya para cezası verip vermeyeceğini neredeyse hiçbir zaman kesin olarak bilemez. Ancak, susma yükümlülüğü ciddiye alınıyorsa, bunun alelade bir şekilde ihlal edilmesine izin verilemez. Çünkü şüpheden sanık yararlanır (in dubio pro reo) ilkesinden dolayı haksız bir mahkumiyete oldukça az rastlanmaktadır ki, haksız bir mahkumiyetin normalde susma yükümlülüğünün ihlali ile engellenmesi gerekmez.

Asıl sorun teşkil eden husus ise masum bir kişi hakkında kesin hükmün verildiği, ancak susma yükümlülüğü olan kişinin hasta veya müvekkilin verdiği bilgilerden veya somut belirtilerden bu kişinin fail olduğuna dair bilgi edinmesidir.

Böyle bir durumda, başka hiçbir yerde önerilmeyen en akılcı çözüm, bir yandan-yeniden yargılamayı mümkün kılmak için- gerçeklerin açıklanmasına izin vermek, diğer yandan da kanıt oluşturan belgelerin hasta veya müvekkil aleyhine kullanılmasını yasaklamak olacaktır. Susma yükümlülüğüne ilişkin mevcut düzenlemelerden, sırların ifşa edilmesinin hastaya veya müvekkile bir suçlamada bulunulamayacağı, ancak masum kişileri aklayacağı sonucu çıkarılabilir. Elbette gerekli görülmesi halinde bu anlamda bir kanuni düzenleme yapılması da mümkündür.

---

<sup>17</sup> Michalowski, ZStW 109 (1997), 519, 534-536; 536.

Önerilen bu çözüm, ceza politikası açısından da hakim görüşe tercih edilebilir, zira doktorların ve avukatların susma yükümlülüğünü ihlal etmelerine rağmen hastalarına veya müvekkillerine zarar vermeyeceklerini bilmeleri halinde vakaları bildirme konusundaki istekleri artış gösterecektir. Bu sayede, masum insanlar hastalara veya müvekkillere zarar vermeden cezalandırılmamış olacaktır.

#### **D. Hasta veya müvekkilden kaynaklanan hukuka aykırı zarar tehlikesini önlemek amacıyla susma yükümlülüğünün ihlali StGB § 34'e göre haklı gösterilebilir mi?**

Bu vaka grubunda üç farklı husus bulunmaktadır: yakın kişilere zarar verme ihtimali, kamusal hukuki menfaatlerin tehlikeye girmesi ve susma yükümlülüğü olan kişinin menfaatlerinin zarar görmesi. Birinci türün en iyi örneği, bir AIDS hastasının bu enfeksiyonunu gizleyerek bir partneriyle korumasız cinsel ilişkiye girmesidir. İkinci tür vakaya en iyi örnek, hiçbir şekilde araç kullanma yeteneği kesinlikle elverişli olmasına rağmen araç kullanmaya devam etmekten vazgeçirilemeyen bir kişinin trafikte yarattığı tehlikedir. Üçüncü türe örnek olarak, hasta veya müvekkilin ücret ödemediği ve doktor veya avukatın iddiasını kanıtlamak için mesleki gizlilik kapsamındaki gerçekleri açıklamak zorunda olduğu durumlar verilebilir.

Öğretideki ağırlıklı görüş, StGB § 34 anlamında ifşaya ilişkin menfaatlerin hasta veya müvekkilin gizlilik menfaatlerinden daha ağır basması halinde, bu tür durumlarda gizliliğin ihlal edilmesini kabul etmektedir. Bu durum aynı zamanda uygulama için de geçerlidir.

Frankfurt Eyalet Yüksek Mahkemesi de (OLG Frankfurt) bu yönde bir karar vermiştir:<sup>18</sup>

“1. Eğer hasta kişi açık bir şekilde inatçı ve açıklamasını yasaklıyorsa, hekimin susma yükümlülüğü, bu kişinin partnerine AIDS hastalığının ve mevcut enfeksiyon riskinin açıklanmasını yasaklamaz.

<sup>18</sup> BGH NJW 2000, 875 (Leitsätze); dazu Spickhoff, NJW 2000, 848–849.

2. Eğer her iki partner de aynı doktorun hastasıysa, doktorun hasta olmayan diğer partneri AIDS hastalığı ve mevcut enfeksiyon riski hakkında aydınlatmaya sadece hakkı değil, hatta yükümlülüğü vardır”.

Federal Yüksek Mahkeme (BGH)<sup>19</sup>, kamunun menfaatlerinin ağır bastığı bir davayı şu şekilde karara bağlamıştır:

Bir doktor, anayasal sır saklama yükümlülüğüne rağmen, çatışan görev veya menfaatlerin dengelenmesi ilkeleri gereğince, hastasının hastalığı nedeniyle kendisini veya başkalarını tehlikeye atmadan motorlu taşıt kullanamayacak durumda olmasına rağmen motorlu taşıtını kara yolunda kullanması halinde trafik makamını bilgilendirebilir. Ancak bunun şartı, doktorun hastasını, hastalığın niteliği ve hastanın uzlaşmaz tavrı nedeniyle doktorun hastası ile konuşmasının anlamsız olması hali hariç, sağlık durumu ve motorlu araç kullanmanın içerdiği tehlikeler konusunda önceden bilgilendirmiş olmasıdır.

Ücret davaları ile ilgili olarak, sadece Eisele'ye<sup>20</sup> atıfta bulunulacak ve yazar şu görüştedir: “ne StGB § 34 anlamında mevcut bir tehlike durumu (maddi menfaatlerin sürekli zarar görmesi...) ne de 'temel', başka bir deyişle açıkça baskın bir menfaat..., çünkü koruma tarafında sadece tehdit altındaki maddi değer değil genel bakış açısı dikkate alınır, aksi takdirde susma yükümlülüğünün pratikte hiçbir anlamı olmaz.

Bununla birlikte, bu grup vakaların ele alınışı tamamen tartışmasız değildir. Woesner<sup>21</sup>'in görüşü şu şekildedir: “bir epilepsi hastasının trafiğe çıkmamasını sağlamak için hastanın durumunun sağlık makamlarına veya polise haber verilmesi doktorun görevlerinin bir parçası olduğunu söylemek zordur. Doktor eğer hastasını trafiğe katılmaması gerektiği konusunda ikna etmeyi başaramaz ise bununla yetinmek zorunda kalacaktır. Hastasının ciddi bir hastalığını nişanlığına ifşa etmesi hekimlik görevi kapsamını aşmaktadır... Görevi kendisine güvenen bir hastaya hizmet olan bir doktorun, bu işlerle doğrudan bir ilgisi yoktur ... Önemli olan ... hastanın doktorun yanında ken-

<sup>19</sup> BGH NJW 1968, 2288 (Leitsatz).

<sup>20</sup> Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 203 Rn. 56.

<sup>21</sup> Horst Woesner, 'Fragen ärztlicher Geheimhaltungspflicht' NJW 1957, 692, 694.

disini devlet kontrolü ile karşı karşıya görmesi tehlikesini önlemektir ... Tüm bunlar avukat için de geçerli olmalıdır.

Ancak sonuç olarak, bu grup olaylardaki hakim görüşe katılıp ve StGB § 34 uyarınca susma yükümlülüğünün ihlali haklı gösterebilecektir. Bunun belirleyici nedeninin ise susma yükümlülüğünün, hasta veya müvekkil tarafından sebep olunabilecek ve önlenilecek hukuki zararlara değil de sadece doktor veya avukatın görüşme esnasında öğrendiği ve halihazırda mevcut/tamamlanmış kişisel sırlara ilişkin olmasında görüyorum. Bu gibi durumlarda, hukuki menfaatleri tehlikeye atacak başka fiillerden kaçınarak (örneğin, motorlu araç kullanmak, korunmasız cinsel ilişki veya ücret ödemeyi reddetmek) gizli alanlarını korumak hastaların ve müvekkillerin sorumluluğundadır.

Elbette, atıfta bulunulan kararların da vurguladığı gibi, susma yükümlülüğü olan kişi, hasta veya müvekkilin hukuki ihlallerden alıkoymak için mümkün olan her şeyi yapmalıdır. Ancak bunun bir faydasının olmaması halinde, bir bildirim veya ihbar yoluyla sırrın ifşa edilmesi son çare olmaktadır.

Söylendiği gibi, hasta veya müvekkilin, doktor veya avukatın haklı taleplerine uyararak ifşadan kaçınması kendi elinde olduğu için bu haklı görülebilir. Bunu yapmazsa, sırrın ifşa edilmesine kusurlu bir şekilde kendisi neden olduğu için ve bu kişilerin cezalandırılmasını talep edemez. Bu şekilde, üçüncü tarafların/kişilerin haklarının korunması ve sırların gerektiği gibi korunması hususunda makul bir uzlaşa sağlanabilir.

StGB § 34'ün lafzından da anlaşılacağı üzere, sırların ifşa edilmesiyle önlenilecek yakın tehlike, sadece başka türlü önlenemez olmama, aynı zamanda, susma yükümlülüğünün ihlalinin önemli ölçüde daha ağır basmalıdır. Ayrıca somut ve hemen yakında olmalıdır. Bir doktordan veya avukattan yardım isteyen bir suçlunun başka suçlar işleyebileceği gibi salt varsayımlar yeterli değildir. Çünkü sırrın ifşası, özellikle gerekli olduğu durumlarda- suçlular söz konusu olduğunda- sırların ceza hukuku yoluyla korunmasını büyük ölçüde ortadan kaldıracak veya sorunlu hale getirecektir. Psikiyatrik tedavi görme ihti-



yacı/gerekliliği da psikiyatristin susma yükümlülüğünü ihlal etmesine izin vermek için yeterli değildir.

Bu durum, örneğin bir süre önce meydana gelen ve bir pilotun intihar amacıyla, kullandığı uçağı düşürerek 149 yolcuyla da beraberinde ölüme götürdüğü olay için de geçerlidir<sup>22</sup>. Pilot "depresyon ya da en azından depresyon benzeri hastalıklar nedeniyle tedavi görüyordu"<sup>23</sup> ve kaza günü hastalık iznindeydi. Bu durum tek başına, pilotu tedavi eden doktora, susma yükümlülüğünü ihlal ederek pilotun durumu hakkında havayolu şirketini bilgilendirme hakkı vermez. Bu bilgilendirme ancak pilotun kullanacağı yolcu taşıyan ticari bir uçağın düşmesine neden olabileceğine dair işaretler olması halinde haklı görülebilir. Krenkel ayrıca şunları söylemektedir:<sup>24</sup> "Tehlikeli bir meslekte herhangi bir psikolojik rahatsızlığı, bildirimde bulunma görevi veya yetkisi için tek ön koşul haline getirmek ... bir tehlikenin belirsizliği nedeniyle bilgisel kendi kaderini tayin etme hakkının orantısız bir şekilde kısıtlanması anlamına gelir".

### **E. Bir Doktor ya da Avukat Tarafından Mahkemede Verilen Bir Tanık İfadesi, Tanığın Susma Yükümlülüğünü İhlal Etmesi Durumunda Haklı Gösterilebilir ve Hasta ya da Müvekkilin Aleyhine Kullanılabilir mi?**

Yerleşik yargı kararları, StPO § 53/1'in burada adı geçen kişilere ifade vermeyi reddetme hakkı tanıdığı, ancak ifade vermeyi reddetme yükümlülüğü getirmediği gerekçesiyle bu soruyu olumlu yanıtlamaktadır. Gerçi susma yükümlülüğü StPO § 203'ten kaynaklanabilir ve ihlal edilmesi halinde cezai sorumluluğa yol açabilir. Ancak bu durum, sırrı ifşa eden ifadenin kullanılmasını engellemez. Nitekim, Kraliyet Yüksek Mahkemesinin içtihadını<sup>25</sup> takiben Federal Yüksek Mahkemenin 3. Senatosu/Dairesini 12 Ocak 1956 tarihli bir kararında, bir güvenilir kişinin mahkemede "kusurlu bir şekilde, mesleki gizliliği ihlal

<sup>22</sup> Bkz. Beryll Krenkel, "Anlass für eine Reform der ärztlichen Schweigepflicht?", ZJS 2015, 271.

<sup>23</sup> Krenkel, ZJS 2015, 271.

<sup>24</sup> Krenkel, ZJS 2015, 271, 275.

<sup>25</sup> BGHSt 9, 59 (Leitsatz 1).

etmesi halinde, bu durumun usul hukuku kapsamında beyanın kabul edilebilirliğini etkilemeyeceği" belirtilmiştir. Sanığın<sup>26</sup> "tanığın susma yetkisini kullanmasına ilişkin usul hukukuna ilişkin bir hakkı yoktur". Kendisini ceza takibatı riskine maruz bırakmak isteyip istememesi tanığa bağlıdır.

Federal Yüksek Mahkemenin 4. Senatosu da 28.10.1960<sup>27</sup> tarihli bir kararında aynı yönde karar vermiştir. Bir hasta, doktoruna "tanıklıkta bulunma izni" vermeyi "açıkça reddetmiştir". Senato'nun görüşüne göre, "buna rağmen tanıklıkta bulunmuş olsaydı bile usul hukuku ihlal edilmemiş olurdu. Çünkü bu durumda, yani konuyla ilgili ifade vermesi halinde, mesleki gizliliğini ihlal ettiği gerekçesiyle cezalandırılma ihtimali olsa bile, StPO § 53/1-3 uyarınca sahip olduğu tanıklık yapmayı reddetme hakkını kullanmak isteyip istemediği tamamen kendisinin kararına bağlıdır. Yargılamayı yapan hakim için doktorun ... yetkili ya da yetkisiz hareket edip etmediği önemsizdir; onun için önemli olan sadece tanığın ifade verme hakkını kullanıp kullanmadığıdır ...".

5. Senato da 22.11.1962<sup>28</sup> tarihli bir kararında aynı görüşü benimsemiştir: "Hasta, doktoru sır saklama yükümlülüğünden muaf tutmayı reddederse, doktorun tanıklıktan çekinmesini reddettiğini ve tanıklıktan çekinmeyip yaptığı beyanların mahkeme tarafından kullanılmamasını isteme hakkına sahip değildir. Bu durumda dahi doktor tanıklıktan çekinmek zorunda değildir, sadece bunu yapma/çekinme hakkına sahiptir".

Bu içtihat, şerhlerde ve ders kitaplarında sıklıkla kabul görmüştür<sup>29</sup>. Schünemann<sup>30</sup> bile bu içtihada katılmaktadır, "çünkü hakim çoğu zaman tanığın StGB § 203 anlamında yetkisiz ifade verip vermediğini değerlendirmez".

Ancak Beulke<sup>31</sup>, mağdurun, sözünü tutmayan bir kişinin mahkemede dinlenmeyeceği gerçeğine güvenebilmesi gerektiğini düşün-

---

<sup>26</sup> BGHSt 9, 61.

<sup>27</sup> BGHSt 15, 200, 202.

<sup>28</sup> BGHSt 18, 146, 147.

<sup>29</sup> Bireysel referans vermekten kaçınacağım.

<sup>30</sup> Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 27. Aufl. 2017, § 24 Rn. 45.

<sup>31</sup> Werner Beulke, Strafprozessrecht, 13. Aufl. 2016, Rn. 462.

mektedir. Hükmün koruma amacından -§ 203 StGB- "ifadenin maddi hukuka aykırılığının aynı zamanda usulen kabul edilemezliği sonucunu doğurması gerekmektedir."

Beulke'nin bakış açısı, öğretide de çok defa savunulmaktadır<sup>32</sup>. İçtihatlarla eleştirel yaklaşan bu görüşe katılmak gerekir. Mahkemelerin görüşüne karşı en az üç önemli neden bulunmaktadır.

İlk olarak, yargının bir tanığın işlediği suçtan çıkar elde etmesine izin verilmesi zaten mantıklı değildir. Hakim, imkan dahilinde, bir tanığın mahkemede suç işlemesini engellemelidir. Hakimin, sorgulamak suretiyle tanığın cezalandırılabilir bir eylemde bulunmasına neden olması, dikkate alması gerektiği maddi hukukta hiçbir dayanağı olmayan sırların ifşasına yardımdır.

İkincisi, gizliliğin ihlal edilmesi nedeniyle cezalandırılabilir olan bir ifadenin kullanılması, StGB § 203'te belirtilen ve Federal Anayasa Mahkemesi tarafından da desteklenen, gizliliğin korunmasının mahkemece suçun aydınlatılmasındaki menfaatten üstün olduğu yönündeki içtihada aykırılık teşkil etmektedir. Mahkeme susma yükümlülüğü olan kişinin ifadesini alarak ve onun suç teşkil eden açıklamalarını kullanarak bunu göz ardı edemez.

Üçüncü olarak, uygulamanın susma yükümlülüğünü en önemli alanında fiilen ortadan kaldırdığı akılda tutulmalıdır. Çünkü mahkeme tarafından yapılan sorgu susma yükümlülüğünün en sık ihlal edildiği bir durumdur. Bunun nedeni mahkemeye yardımcı olma arzusu ve mahkemenin sorgu için hazır olduğu izlenimi, bildiklerin söylenmesi için bir motivasyon oluşturmaktadır ve susma yükümlülüğü olan kişinin tanıklık etmeyi reddetme hakkı konusunda bilgilendirilmesine bile gerek yoktur. Susma yükümlülüğü olan kişinin cezalandırılacak olması, onun tanıklığına dayanılarak mahkum edilmesi halinde, sanığa hiçbir fayda sağlamaz.

Mahkemeler tarafından uygulanan suç teşkil eden susma yükümlülüğünün ihlalinin delil olarak değerlendirilmesine ilişkin esaslı bir gerekçe de bulunmamaktadır. En bariz argüman kanunun lafzı olsa da

<sup>32</sup> Sadece: Lenckner, NJW 1965, 321, 325 ff.; Haffke, GA 1973, 65, 72; Freund, GA 1993, 49, 55, 66; Michalowski, ZStW 109 (1997), 519, 536'yi zikrediyorum.

kanun, sadece tanıklık etmeyi reddetme hakkını öngörmüş, bunu yapma yükümlülüğü hakkında herhangi bir şey söylememiştir. Ancak, bundan tanıklık etmeyi reddetme yükümlülüğünün genel olarak kabul edilmediği sonucu çıkarılamaz; çünkü böyle bir yükümlülüğün hiçbir şekilde her durumda mevcut olmaması nedeniyle kanun koyucu tarafından genel olarak düzenlenebilmesi de söz konusu değildir. Bu nedenle- sadece bir örnek vermek gerekirse- din adamlarının tanıklık etmeyi reddetme hakkı vardır (StPO §53/1-1), ancak StGB § 203 anlamında susma yükümlülükleri yoktur. Ayrıca, doktorlar ve avukatlar gibi susma yükümlülüğü olan kişilerin, yukarıda (V.)’te açıklanan hasta veya müvekkil tarafından hukuki menfaatlere zarar verilmesini önlemek amacıyla StGB § 34’teki şartların oluşması halinde tanıklık etmesi, StGB § 34 uyarınca hukuka uygun olur.

İçtihadın teorik olarak belirleyici argümanı, mahkemenin usule ilişkin yetkilerinin maddi hukuk değerlerinden bağımsız olduğu varsayımında yatmaktadır. Lenckner<sup>33</sup> bu kavramı 50 yıldan daha uzun bir süre önce ikna edici bir şekilde ele almıştır. O haklı olarak "muhakeme hukukunun ve maddi hukukun uyumlaştırılması" gerektiğini belirtmektedir. "Muhakeme hukuku "kendi başına bir amaç olmayıp, maddi adaletin gerçekleştirilmesine hizmet eder. Yeni kanun ihlallerine izin veren bir muhakeme doğru bir yol değildir". Buna eklenecek hiçbir şey yoktur. Schünemann tarafından da benimsenen pragmatik bir değerlendirme BGHSt 9, 60 sayılı kararda yapılmıştır: "Sorguyu yapan hakim, tanığın kanuni olarak yetkili mi yoksa yetkisiz mi ifade verdiğine ilişkin zor olan soruya da bazen hızlı ve yeterli kesinlikte karar veremez"

Ancak bu da yeterli değildir. Çünkü sadece "bazen" ortaya çıkan bir zorluk, susma yükümlülüğü olan kişinin genel bir şekilde ifadesinin alınmasını haklı çıkarmaz. Ve ifade esnasında susma yükümlülüğünün bariz bir şekilde ihlal edildiği anlaşılırsa, ifade alma işlemi sonlandırılmalıdır. İfade alma sonucu elde edilen ifadenin suç teşkil eden bir gizlilik ihlali teşkil ettiği sonradan anlaşılırsa, bu ifade kullanım yasağına tabidir. BGH ile çelişen yazarların ortak görüşü bu şekildedir.

---

<sup>33</sup> Lenckner, NJW 1965, 321, 325-327.

## SONUÇ

Bu yüzden aynı kalıyor: “Anayasa § 2/1 ile korunan ve StGB § 203'te düzenlenen susma yükümlülüğünün ihlali, StGB § 34 gereğince, ancak hasta veya müvekkilin, susma yükümlülüğünün ihlalinin daha ağır basan, kişilerin veya kamunun kanuni çıkarlarına yönelik yakın ve somut bir zararı önlemeye yönelik olması halinde haklı görülebilir. Susma yükümlülüğü olan kişinin mahkemede tanıklıktan çekinme görevi de vardır; bu yükümlülüğü ihlal eden beyan delil olarak değerlendirilemez.

Makalemi değerli meslektaşım Prittwitz'e ithaf ediyor ve 70. doğum gününü en içten dileklerle kutluyorum. Gelecek yıllar için kendisine sağlık, mutluluk ve kendisinin sıkı çalışmaya devam etmesini diliyorum.

YAZAR BEYANI	
<b>Mali Destek/Teşekkür Beyanı:</b>	Bulunmamaktadır.
<b>Yazarların Katkıları</b>	Eserin tamamı çevirmen tarafından çevrilmiştir.
<b>Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı</b>	Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. Çevirmen dergimiz editör kurulu üyesidir.
<b>Etik Kurul Onayı:</b>	Gerekmemektedir.

## **KAYNAKLAR**

- Beulke, Werner. Strafprozessrecht, 13. Aufl. 2016
- Dannecker, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. 2017,
- Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 203
- Fischer Thomas. 66. Bası (C.H. Beck Yayıncılık, 2019), §203.
- Freund,GA 1993
- Gössel, Karl Heinz/Dölling, Dieter. Strafrecht Besonderer Teil 1, 2. Aufl. 2004, § 37
- Haffke, GA 1973
- Horst Woesner, 'Fragen ärztlicher Geheimhaltungspflicht' NJW 1957, 692, 694.
- Jäschke, ZStW 131 (2019)
- Krenkel Beryll. "Anlass für eine Reform der ärztlichen Schweigepflicht?", ZJS 2015, 271-275.
- Lenckner, NJW 1965
- Michalowski,, Sabine. "Schutz der Vertraulichkeit strafrechtlich relevanter Patienteninformationen", 1997, ZStW 109 (1997), 519, 531.Schünemann, in: LK-StGB, 12. Aufl. 2010, § 203.
- Michalowski, Sabine. "Schutz der Vertraulichkeit strafrechtlich relevanter Patienteninformationen", 1997, ZStW 109 (1997). 519-544.
- Mittelbach, MDR, 1956.
- Rogall, NSTZ 1983
- Roxin, Claus/Schünemann Bernd, Strafverfahrensrecht, 27. Aufl. 2017, § 24
- Schünemann, Bernd. Der Strafrechtliche Schutz von Privatgeheimnissen, ZStW 90 (1978), 11, 51-57.