

HASTA BİLGİLERİNİN GİZLİLİĞİ PRENSİBİ

Bilhan GÜVEN
105612004

İSTANBUL BİLGİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI
(İNSAN HAKLARI HUKUKU)

Prof. Dr. Uğur ALACAĞAPTAN

2010

HASTA BİLGİLERİNİN GİZLİLİĞİ PRENSİBİ

THE PRINCIPLE OF PROTECTING PATIENTS PERSONAL DATA

Bilhan GÜVEN
105612004

Prof. Dr. Uğur ALACAKAPTAN	:	
Yrd. Doç. Dr. Vesile SONAY EVİK	:	
Yrd. Doç. Dr. Barış ERMAN	:	
Tezin Onaylandığı Tarih	:	23.03.2010
Toplam Sayfa Sayısı	:	84

Anahtar Kelimeler (Türkçe)	Anahtar Kelimeler (İng.)
1) Hasta Hakları	1) Patient's Rights
2) Kişisel Verilerin Korunması	2) Protection of Personal Data
3) Hasta Bilgilerinin Gizliliği	3) Protection of Patient's Personal Data
4) Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü	4) Doctor's Statutory Obligation of Keeping Patient's Records
5) Hekimin Suçu Bildirmemesi	5) Failure by a Doctor to Report an Offence

Türkçe ve İngilizce Özet

Bu çalışmanın amacı, ülkemizde son yıllarda hekimlerin sorumluluğuna ilişkin hukuk ve ceza davalarında büyük bir artış yaşandığı dikkate alınarak, hasta bilgilerinin gizliliğinin, yetkili makamlarca kişinin özel hayatına saygı gereği etkin bir biçimde sağlanması, bu bilgilerin yetkisiz kişilerce öğrenilmesinin önüne geçilmesidir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin özel yaşamın gizliliğini düzenleyen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinden hareketle, bireyle ilgili verilerin toplanması ve bunların depolanmasının özel yaşamın koruma alanına müdahale oluşturduğu kabul edilse de Türk Hukukunda hasta ile hekim arasındaki ilişkinin niteliği konusunda yasal bir düzenleme bulunmamaktadır.

Çalışmamızda, hekimin, hastanın bilgilerini saklama yükümlülüğü; tıbbi kayıtların tutulması zorunluluğu ilkesi ile bağlantısı yönünden, Tıbbi Deontoloji Tüzüğü yönünden Hasta Hakları Yönetmeliği yönünden ve Türk Tabipler Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları yönünden incelenmiş olup, hasta ile hekim arasındaki ilişkinin hukuki niteliği konusunda yaşanan sorunlar ortaya konmuştur.

Ayrıca, ülkemizde hazırlanan Malpraktis Kanun Tasarısı ile Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı irdelenmiş ve bu tasarının dayanağı niteliğindeki diğer ülkelerde uygulanan sözleşme ve kanunlarla karşılaştırılması yapılmış ve hasta bilgilerinin gizliliği prensibinin ihlalinin sonuçları öncelikle detaylı bir şekilde ceza hukuku ve yine özel hukuk yönünden araştırılmıştır. Sonuç olarak, tıp hukukuna yönelik birçok hüküm bulunmakla birlikte hasta haklarını düzenleyen temel, bütüncül bir yasanın bulunmaması sebebiyle, hasta hakları kapsamındaki birçok konu genel hükümlere göre değerlendirilmektedir. Bu çerçevede, öncelikle tıp hukukunu bütünüyle kapsayan, uygulamadaki sorunları da gidermeye yönelik temel bir kanunun oluşturulması gerekmektedir.

Considering the great increase in law and criminal suits related to the responsibility of doctors in recent years, the purpose of this study is to provide the secrecy of patients' data by authorities' taking necessary precautions for the sake of individuals' private life and to prevent this data from getting into unauthorized hands.

Although by regarding the item 8, regulating the secrecy of human rights, of European Convention on Human Rights by European Court of Human Rights; it is accepted that collecting data about an individual and storing it is considered as an intrusion of his privacy, and there is no legal arrangement about the relation between a patient and a doctor in Turkish Law.

In this study, the doctor's obligation of storing his patient's data is examined in terms of statutory obligation of keeping medical records, Medical Deontology Regulations, Patients Rights Regulations, and Turkish Medical Association Medical Code of Ethics, and the problems related to judicial attributes of patient and doctor relations are stated.

Furthermore, the bills prepared in Turkey about Malpractice and Protection of Personal Data have been studied, compared with the contracts and laws in other countries which constitute basis for them, and the results of the violation of the principle of protecting patients personal data have been researched and studied in terms of penal law in the first place in details and then the private law.

Consequently, although there are lots of clauses regarding the medical law, due to the lack of main, integrated law regulating the patients' rights, lots of subjects concerning the patients' rights are assessed by general provisions. In this context, a main law covering all aspects of the medical law, resolving the problematic issues in practice should be constituted.

İÇİNDEKİLER

Kısaltmalar Cetveli	
Kaynakça	
I. Giriş	8
II. Kişisel Bilgilerin Gizliliği Prensibinin Temeli	11
III. Hasta ile Hekim Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği	14
IV. Hekimin Hastanın Bilgilerini Saklama Yükümlülüğü	18
A- Kavram	18
B- Tıp Etiği Yönünden Uluslararası Düzenlemeler	20
C- Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi	23
D- Tıbbi Verilerin Korunmasına İlişkin R (97) 5 No.lu Avrupa Konseyi Tavsiye Kararı	25
E- Hekimin Hastanın Bilgilerini Saklama Yükümlülüğü ile İlgili Özel Düzenlemeler	26
1. Tıbbi Kayıtların Tutulması Zorunluluğu İlkesi İle Bağlantısı Yönünden Hasta Bilgileri	26
2. Tıbbi Deontoloji Tüzüğü Yönünden Hasta Bilgileri	28
3. Hasta Hakları Yönetmeliği Yönünden Hasta Bilgileri	29
4. Türk Tabipler Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları	30
V. Hasta Bilgilerinin Gizliliğine Yönelik Diğer Mevzuat Düzenlemeleri	31
A- Medeni Kanun	31
1. Açıklamanın Kişinin Rızası ile Yapılması	31
2. Üstün Bir Kamu Yararının Bulunması	33
3. Kanunun Verdiği Yetki	36
B- Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı ve Bu Tasarının Dayanağı Niteliğindeki Sözleşme ve Kanunlar	40
1. Kişisel Nitelikli Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Kişilerin Korunmasına Dair 28 Ocak 1981 Tarihli Avrupa Konseyi 108. No.lu Sözleşmesi	41

2. 95/46/CE sayılı Kişisel Verilerin İşlenmesinde Gerçek Kişilerin Korunması Yönergesi	42
3. İsviçre Verilerin Korunması Hakkında Kanun	46
4. Alman Veri Korunması Kanunu	47
5. Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı	50
C- Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk (Malpraktis) Kanun Tasarısı	53
D- Kimlik Paylaşımı Sistemi Yönetmeliği	56
VI. Hasta Bilgilerinin Gizliliği Prensibinin İhlalinin Sonuçları	57
A- Ceza Hukuku Yönünden	57
1. Özel Hayatın Gizliliğini İhlal	57
2. Kişisel Verilerin Kaydedilmesi	61
3. Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme veya Ele Geçirme	65
4. Nitelikli Haller	69
5. Verileri Yok Etmeme	71
6. Ticari Sır, Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrı Niteliğindeki Bilgi veya Belgelerin Açıklanması	72
7. Göreve İlişkin Sırrın Açıklanması	78
8. Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi	81
9. Türk Tabipler Birliği Kanunu'ndaki Düzenleme	87
B- Özel Hukuk Yönünden	87
VII. Sonuç	90

KISALTMALAR CETVELİ

AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
BK	: Borçlar Kanunu
C.	: Cilt
DHB	: Dünya Hekimler Birliği
E.	: Esas
ETCK	: 765 sayılı Eski Türk Ceza Kanunu
K.	: Karar
m.	: Madde
MK	: Medeni Kanun
R.G.	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
TCK	: 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu
TDT	: Tıbbi Deontoloji Tüzüğü
vd.	: ve devamı

KAYNAKÇA

1. **AKARTEPE** Alpaslan, Tedavi Sözleşmesinin Hukuki Niteliği, Erzincan Sağlık Hukuku Sempozyumu, Yetkin Yayınları, Ankara – 2007
2. **AKYILDIZ** Sunay, Hekimin Cezai Sorumluluğu Bakımından Uygulamada Sorunlar, V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıp Hukukunun Güncel Sorunları, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 142, Ankara – 2008
3. **ARSLAN** Çetin – **AZİZAĞAOĞLU** Bahattin, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Asil Yayıncılık, Ankara – 2004
4. **AŞÇIOĞLU** Çetin, Hekimlerin Sorumluluğunda Kusur ve Belirlenmesi, Uluslararası Katılımlı 2. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyumu Bildiri Kitabı, İstanbul – 2006
5. **AYAN** Mehmet, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara – 1991
6. **BAŞALP** Nilgün, Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması, Yetkin Yayınları, Ankara – 2004
7. **YILMAZ** Battal, Açıklamalı – İçtihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara-2007
8. **BAYRAKTAR** Köksal, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul – 1972
9. **BİLGE** Mehmet Emin, Ticari Sırların Korunması, Ankara – 2003
10. **DOĞRU** Osman, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, Cilt 1, Beta Yayıncılık, İstanbul – 2002
11. **DONAY** Süheyl, Meslek Sırrının Açıklanması Suçu, İstanbul - 1978
12. **DURAL** Mustafa, Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler, Filiz Kitabevi, İstanbul – 1995
13. **EPİNEY** Astrid – **FREİERMUTH** Marianne, Datenschutz in der Schweiz und in Europa, Universitat Freiburg Schweiz, 1999
14. **ER** Ünal, Sağlık Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara – 2008
15. **ERDEM** Mustafa Ruhan, V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıp Hukukunun Güncel Sorunları, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 142, Ankara – 2008
16. **ERDEM** Mustafa – **SANCAKLI** Oğuz – **TEZCAN** Durmuş, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, T.C. Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara – 2004

17. **ERMAN** Barış, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara-2003
18. **ERMAN** Sahir – **ÖZEK** Çetin, Ceza Hukuku Özel Bölüm – Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul – 1992
19. **GÜLHAN** Yıldırım, Hekimlik Uygulamalarında Yüksek Teknoloji Kullanımı ve Etik Sorunlar, Uluslararası Katılımlı 2. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyumu Bildiri Kitabı, İstanbul-2006
20. **GÜNDEL** Ahmet, Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması, Ankara – 2009
21. **HAKERİ** Hakan, Tıp Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara – 2007
22. **HANCI** Hamit, Malpraktis Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara – 2006
23. **HATIRNAZ EROL** Gültezer, Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları, Seçkin Yayıncılık, Ankara-2009
24. **HATUN** Şükrü, Hasta Hakları, İletişim Yayıncılık, İstanbul – 1999
25. **İPEKYÜZ** Filiz Yavuz, Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul-2006
26. **KARASU** Sinem, Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, Vedat Kitapçılık, İstanbul – 2009
27. **KATOĞLU** Tuğrul, Hekimin Cezai Sorumluluğu ve Yeni Türk Ceza Kanunu, Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu'ndaki Düzenlemeler, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyumu Özel Sayısı 1, İstanbul – 2007
28. **KESER BERBER** Leyla – **ÜLGÜ** Mahir – **ER** Cüneyd, Elektronik Sağlık Kayıtları ve Özel Hayatın Gizliliği, İstanbul Bilgi Üniversitesi Bilişim Teknoloji Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi Yayını, İstanbul-2009
29. **KILIÇOĞLU** Ahmet, Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk, Ankara – 1993
30. **KÖK** Ahmet Nezih, Türk Ceza Adalet Sisteminde Hekimlik Uygulamaları ile İlgili Maddelerin Tıbbi Etik Açısından Değerlendirilmesi, Erzincan Sağlık Hukuku Sempozyumu, Yetkin Yayınları, Ankara – 2007
31. **MALKOÇ** İsmail, Açıklamalı İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, Malkoç Kitabevi, Ankara - 2007
32. **MATTHEIS** Ruth, Hukukçu ve Tıpçıların Konuşmaları, Tıp ve Ceza Hukuku Karşılaştırmalı Güncel Hukuku Serisi-2, Proje Yöneticisi Kayıhan İçel, Yayına Hazırlayan Yener Ünver, Seçkin Yayıncılık, Ankara-2004
33. **MERAN** Necati, Gerekçeli-Karşılaştırmalı 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, Seçkin Yayınevi, Ankara - 2004
34. **ÖZBEK** Veli Özer, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı, C. 2, Seçkin Yayıncılık, Ankara – 2008

35. **ÖZDEMİR** Hayrunnisa, Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Ankara 2004
36. **ÖZKAN** Hasan – **AKYILDIZ** Sunay, Açıklamalı İçtihatlı Hasta Hekim Hakları ve Davaları, Seçkin Yayıncılık, Ankara - 2008
37. **ÖZTÜRKLER** Cemal, Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları, Seçkin Yayıncılık, Ankara – 2003
38. **PARLAR** Ali – **HATİPOĞLU** Muzaffer, Türk Ceza Kanunu Yorumu, Seçkin Yayıncılık, Ankara – 2008
39. **SARITAŞ** Hatice, Hasta Hakları Açısından Hekimin Sorumluluğu, Bilge Yayınevi, Ankara – 2005
40. **SAVAŞ** Halide, Sağlık Çalışanlarının ve Sağlık Kurumlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumlulukları Ceza – Hukuk, Seçkin Yayıncılık, Ankara – 2007
41. **SAVAŞ** Halide, Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları, Seçkin Yayıncılık, Ankara-2009
42. **SERT** Gürkan, Hasta Hakları, Babil Yayınları, İstanbul – 2004
43. **SERT** Gürkan, Tıp Etiği ve Mahremiyet Hakkı, Babil Yayınları, İstanbul - 2008
44. **SÜTLAŞ** Mustafa, Hasta ve Hasta Yakını Hakları, İstanbul – 2000
45. **ŞEN** Ersa, Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, Kazancı Kitapçılık, İstanbul – 1996
46. **ŞEN** Ersa, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt:I, Vedat Kitapçılık, İstanbul – 2006
47. **TANDOĞAN** Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.II, Ankara – 1985
48. **TİNNEFELD** Marie Therese - **EHRMAN** Eugen, Einführug in das Datenschutzrecht, 3. Auflage, R. Oldenbourg Verlag, 1998
49. **ÜZÜLMEZ** İlhan, Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu, Tıp Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 142, Ankara – 2008
50. **YILDIRIM** Fadıl, Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, Erzincan Sağlık Hukuku Sempozyumu, Yetkin Yayınları, Ankara – 2007
51. **YILDIRIM** Turan, Hasta Hakları, Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu'ndaki Düzenlemeler, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyumu Özel Sayısı 1, İstanbul – 2007
52. **YOKUŞ SEVÜK** Handan, Tıp Ceza Hukukunda Kişisel Verilerin Açıklanması, V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıp Hukukunun Güncel Sorunları, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 142, Ankara – 2008

I. Giriş

Tıp, devamlı gelişme gösteren bir bilim dalıdır. Bu hızlı gelişim içerisinde, tıp bilimine ilişkin uygulamalar hukukun konusunu oluşturmuş ve günümüzde tıp hukuku olarak da adlandırılabilir bir hukuk alanı ortaya çıkmıştır. Günümüzde tıp hukuku, hem kamuoyunun hem de hekim ve hukukçuların gündemini meşgul etmeye başlamış, tıp hukukuna ilişkin çalışmalar, eserler meydana gelmiştir.

Bu çalışmalardan en eski olanı, Prof. Dr. Köksal Bayraktar'ın yaklaşık kırk sene önce yazmış olduğu "Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu" adlı eserdir. O günden bu yana, değerli başka hocalarımızın da tıp hukuku konusunda kapsamlı çalışmaları olmuş ve bu çalışmalar günümüze ışık tutmuştur.¹

Tıp biliminin gelişmesi ile birlikte ortaya çıkan uygulamalar, hukukun bu alana katılımı, tıbbi uygulamaların içinde yer alan kişilerin haklarının incelenmesini gerekli kılmaktadır. Tıp mesleğini icra eden hekimin hak ve yükümlülükleri ile tıbbın uygulama alanını teşkil eden hastaların hakları bu alan içinde büyük önem kazanmıştır.

Ülkemizde hasta hakları 1980'li yılların sonunda tartışılmaya başlanmış olup, 1980'li yıllardan sonra dünyada hasta hakları konusundaki gelişim ülkemizi de etkilemiştir.² Buna rağmen, halen hukuk sistemimizde özel bir hasta kavramı yoktur. İnsanların hastalanması halinde haklarını ortaya koyan, ayrı ve özel yasal düzenlemeler mevcut değildir. Kaldı ki, hastalar da kendi haklarından habersizdir. Hasta hakları konusunda Türkiye'de yapılan anket ve araştırmalar, hastaların yaklaşık %70'lik bölümünün hasta hakları konusunda hiçbir bilgisi olmadığını ortaya koymuştur.³

¹ Hakeri Hakan, Tıp Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara – 2007, s. 27

² Hatırnaz Erol Gültezer, Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları, Seçkin Yayıncılık, Ankara-2009, s. 109

³ Hatırnaz Erol, s. 114

Tezimizin konusunu ilgilendiren hasta mahremiyeti de hasta haklarının önemli bir bölümünü teşkil etmektedir.⁴ Zira, bir sağlık kuruluşuna, sağlık hizmeti almak için başvuran herkesin, gizliliğe uygun bir ortamda her türlü sağlık hizmetini almaya hakkı vardır. Ancak ve maalesef, Tabip Odası Onur Kurulları ve Yüksek Onur Kurulu'na gelen dosyalar incelendiğinde, son yıllarda hasta mahremiyetine saygı gösterilmediği ve bu konuda etik dışı davranışların giderek arttığı tespit edilmiştir.⁵

Hasta mahremiyeti denildiğinde akla tezimizin konusunu oluşturan hasta bilgilerinin gizliliği ve dolayısıyla hekimin sır saklama yükümlülüğü gelmektedir. Bu yükümlülük, anayasal hak olan insan onurunun dokunulmazlığı ve kişilik haklarının korunmasının bir yansıması niteliğindedir. Gerçekten de, hekime kişisel ve hastalığı ile bilgileri aktaran hastanın, bu bilgilerin gizli kalacağı ve başkalarına aktarılmayacağı hususunda güvence altında olması gerekmektedir. Ancak bu şekilde, etkin bir sağlık sistemi sağlanması yolunda hekim ile hasta arasında bir güven ilişkisi oluşturulabilir.

Çalışmamızın başında, kişisel bilgilerin gizliliği prensibinin temeli ve hasta ile hekim arasındaki ilişkinin hukuki niteliği ile ilgili açıklamalardan sonra hekimin sır saklama yükümlülüğü ve konuyla ilgili özel düzenlemelere detaylı bir şekilde değinilmiştir.

Ayrıca, çalışmamızda başta Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı ve bu tasarının dayanağı niteliğindeki sözleşme ve kanunlar ile Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk (Malpraktis) Kanun Tasarısı olmak üzere hasta bilgilerinin gizliliğine yönelik diğer mevzuat düzenlemeleri de detaylı bir şekilde incelenmiştir.

⁴ Yılmaz Battal, Açıklamalı – İctihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara-2007, s.9

⁵ Gülhan Yıldırım, Hekimlik Uygulamalarında Yüksek Teknoloji Kullanımı ve Etik Sorunlar, Uluslararası Katılımlı 2. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyumu Bildiri Kitabı, İstanbul-2006, s.127

Çalışmamızın son bölümünde ise, hasta bilgilerinin gizliliği prensibinin ihlalinin sonuçları üzerinde durulmuştur. Özellikle, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda hekimlerin konumuzla ilgili cezai sorumluluğu olabilecek belli başlı maddeleri hakkında kapsamlı açıklamalar yapılmıştır. Tüm bu açıklamaların ardından, görüşlerimizi de içeren konunun özeti niteliğindeki sonuç kısmıyla çalışmamız tamamlanmış bulunmaktadır.

II. Kişisel Bilgilerin Gizliliği Prensibinin Temeli

Kişisel bilgi, kişi hak ve özgürlüklerini yakından ilgilendirmesi sebebiyle özellikle korunması gereken bir kavramdır. Kişisel bilgi başlı başına bir kişi hakkı olarak değerlendirildiği gibi aynı zamanda kişinin özel hayatının gizliliği kavramı ile de yakından bağlantılıdır. Bu bağlamda, kişisel bilgi kavramı uluslar arası hukuk ve iç hukukun konularının başında gelmektedir.

Uluslararası hukukta, 10 Aralık 1948 tarihli Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 12. maddesi “kimsenin özel yaşamına, ailesine konutuna ya da haberleşmesine keyfi olarak karışılmaz, şeref ve adına saldırılamaz. Herkesin bu gibi karışma ve saldırılara karşı yasa tarafından korunmaya hakkı vardır” şeklinde özel hayatın gizliliğini düzenlemiştir. Bu düzenleme kişisel verilerin korunması bakımından ilk düzenleme olarak değerlendirilebilir.

Bu hususta başka bir uluslararası düzenleme, 4 Kasım 1950'de imzalanan İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşme'nin (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi)⁶ “özel hayatın ve aile hayatının korunması” başlıklı 8. maddesinde de yer almaktadır. Sözleşmeye göre kişisel verilerin korunması, özel yaşamın korunması hakkının önemli bir uzantısıdır. Sözleşme organları bugün artık birey hakkındaki verilerin toplanması ve depolanmasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 8'in koruma alanına müdahale oluşturduğunu ve bu nedenle de yasal dayanağı gerekli kıldığını kabul etmektedirler.⁷ AİHS'nin 8. maddesi aynen şu şekildedir;

⁶ 20 Mart 1950'de Roma'da imzalanan Sözleşme, 3 Eylül 1952'de yürürlüğe girdi. Türkiye, Sözleşme'yi 18 Mayıs 1954'de onayladı. (R.G. 19 Mart 1954-8662)

⁷ Erdem Mustafa – Sancaklı Oğuz – Tezcan Durmuş, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, T.C. Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara - 2004, s. 225

“Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda, zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir.”

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de özel yaşamın gizliliğini düzenleyen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinden hareketle bireyle ilgili verilerin toplanması ve bunların depolanmasının özel yaşamın koruma alanına müdahale oluşturduğu ve bu nedenle de ancak yasal bir dayanak söz konusuyla bu yola gidilebileceğini belirtmektedir. Aynı zamanda söz konusu düzenleme, kişinin özel yaşam alanlarını ilgilendiren bir bilginin elde edilmesi durumunda, söz konusu bilginin ancak amacı doğrultusunda kullanabilmesine olanak tanımaktadır. Dolayısıyla, amaç dışı kullanımlar açısından da söz konusu düzenlemenin bir yasak öngördüğü Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce kabul edilmektedir.⁸

Türk Hukukunda kişisel bilgilerin gizliliği prensibi, öncelikle 1982 Anayasası'nın özel hayatın gizliliği ilkesine yönelik 20. maddesine dayanmaktadır. Buna göre “Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz”. Bu hükümle kişinin özel hayatının korunması ve dokunulmazlığı temel haklar arasında ele alınmıştır.

Anayasa'nın 20. maddesinin ikinci fıkrasına göre de milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere

⁸ Erdem Mustafa Ruhan, V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıp Hukukunun Güncel Sorunları, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 142, Ankara – 2008, s.814,815

bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kağıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz.

Türk Hukukunda bu konu hakkında özel düzenlemeler getiren Kanun, Tüzük ve Yönetmelik hükümleri aşağıdaki bölümlerde detaylı olarak açıklanacaktır. Ancak, kişi haklarının iç ve dış müdahalelere karşı korunması ile ilgili özel hukuk mevzuat hükümlerinin başında Medeni Kanununun 23-25 maddeleri gelmektedir. Bu maddeler incelendiğinde de görüleceği üzere, İsviçre Hukuku'nun etkisiyle Türk hukukunda kişi haklarının neler olduğunun tek tek sayılması yerine, kişi haklarının neler olduğunu saptama yetkisi her bir somut olay yönünden hakime bırakılmış, aynı maddelerde kişi haklarının ihlaline bağlı yaptırımlar ve hakkı ihlal olunan kişinin talep hakları, sınırlayıcı olmamak üzere, başlıklar halinde düzenlenmiştir.

Kişinin üçüncü kişilerden gizlediği ya da sadece kendilerine açıkladığı kişilerce bilinmesini istediği olayları içeren alana “gizlilik alanı” denir. Buraya, başkaları tarafından bilinmesi istenmeyen tüm olaylar ve bunları içeren belgeler girer. Bu kapsamda kişilik hakları kişinin kendisi ile ilgili bilgileri, sırları da kapsamaktadır. Bir şeyin sır olup olmadığı kural olarak ilgili kişinin iradesine bağlıdır. Bu irade iki yönden önemlidir. İlk olarak söz konusu olayın suç olup olmadığının tespiti ve kimlere karşı sır olarak saklanması gerektiği. Bazı hallerde kişinin iradesinin tespiti mümkün olmayabilir. Bu durumda sırrı bilen kişi normal, mantıklı bir insan gibi hareket ederek, bunun bir sır olarak saklanması ilgili kişinin yararı olup olmadığına kendisi karar verir. Bir başka deyişle, normal dürüst bir insan olarak, halin bütün icabını göz önünde bulundurup, o durumda kendisi nasıl davranacak idiyse ona göre hareket eder.⁹

⁹ Dural Mustafa, Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler, Filiz Kitabevi, İstanbul – 1995, s. 132

Hukuki literatürde sır, herkes tarafından bilinmeyen ve açıklanması sahibinin şeref ve menfaatine zarar verme tehlikesi gösteren hususlar olarak tanımlanmaktadır. Diğer bir ifade ile sahibinin açıklanmamasında yarar gördüğü ve başkaları tarafından daha önce bilinmeyen hususlar da “sır” kapsamına girer. Herkes tarafından bilinen şeyler sırrın kapsamına girmese de, sınırlı bir çevrede bilinen hususlar sır sayılabilir. Hekimin ve özel sağlık kuruluşlarının işleticilerinin mesleklerinin icrası gereği ve bu esnada öğrendikleri, gerek tıbbi, gerek tıbbi olmayan, hastanın kendisinden veya yakınlarından, doğrudan veya dolaylı olarak öğrendikleri hususlar sır olarak kabul edilmektedir.¹⁰ Ancak, herkesin bildiği konular veya herhangi bir kişi tarafından kolayca öğrenilebilecek hususlar, sohbet, dedikodu vb. yollarla edinilen bilgiler sır olarak kabul edilemez.¹¹

III. Hasta ile Hekim Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği

Tıbbi uygulamalar bakımından hekim ve hasta ilişkisinin içeriği, hukuki dayanağı ve bunlar arasındaki hak ve yükümlülüklerinin tespiti önem taşımaktadır.

Hasta ile hekim arasındaki ilişkinin niteliği konusunda yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Hasta ile hekim arasında tedavi sözleşmesi ya da hekimlik sözleşmesi olarak adlandırılan ilişki esas itibariyle borçlar hukukuna tabi bir sözleşmedir. Ancak, söz konusu sözleşme ilişkisinin, gerek konusu gerekse de tarafları bakımından taşıdığı özellikler dolayısıyla, hukuki niteliği konusunda tartışmalar yaşanmaktadır. Zira, tedavi sözleşmesi Borçlar Kanununda da düzenlenmiş bir sözleşme olmadığından, taraflar arasında çıkacak bir uyuşmazlığın çözümünde hangi kuralların uygulanacağını tespit edilmesi önem arz etmektedir.¹²

¹⁰ Yıldırım Fadıl, Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, Erzincan Sağlık Hukuku Sempozyumu, Yetkin Yayınları, Ankara – 2007, s.59

¹¹ Er Ünal, Sağlık Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara – 2008, s.93,94

¹² Akartepe Alpaslan, Tedavi Sözleşmesinin Hukuki Niteliği, Erzincan Sağlık Hukuku Sempozyumu, Yetkin Yayınları, Ankara – 2007, s. 13

Hekimlik sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen, teşhis ve tedavi edimini gerçekleştirecek hekim ile hasta veya kanuni temsilci arasında gerçekleştirilen rızaya dayalı bir sözleşmedir.¹³ Bu sözleşmeyle hekim, hastada mevcut olan bir sağlık sorununu ortadan kaldırmaya yönelik olarak, tıp bilimi ve uygulamasının öngördüğü şartlara bağlı kalarak, gerekli teşhisi koymak ve konulan teşhise en uygun tedaviyi uygulamak yükümlülüğü altına girmektedir.¹⁴ Hekimlik sözleşmesinin en önemli unsuru hastaya teşhis konulduktan sonra en uygun tedavi yöntemi seçilerek bu tedavinin uygulanmasıdır. Ancak, sonucun garanti edilmesi mümkün değildir.¹⁵

Söz konusu özellikler dikkate alındığında, doktrindeki baskın görüşe göre, hekim ile hasta arasındaki ilişkinin ilke olarak Borçlar Kanunu m. 386 vd. anlamında adi vekalet hükümlerine tabi olduğu kabul edilmektedir. Hekim ile hasta arasındaki akit gereği, hastanın tedavi edilmesini yani maddi bir fiilin yapılmasını üstlenmektedir ki bu, BK'nin 386. maddesi anlamında bir iş görmedir. Zira, vekalet akdi ile iş görme borcunun konusunu hukuki bir işlemin yapılmasını oluşturabileceği gibi maddi bir fiilin yapılmasına da oluşturabilir.¹⁶ Bunun yanında hekim hasta ile yaptığı akitle, hizmet akdinde olduğu gibi, tıbbi faaliyetlerini belirli ya da belirsiz bir süre için hastanın emrine tahsis etmeyi borçlanmıştır. Bu anlamda vekilin, vekil edene karşı sadakat ve özen borcu bulunmaktadır.¹⁷ Hastanın aydınlatılması, güvenilir tedavi metodunun seçimi, hasta bilgilerinin gizliliği prensibine riayet edilmesi gibi hususlar bu kapsamda değerlendirilmektedir.

¹³ Özdemir Hayrunnisa, Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Ankara 2004

¹⁴ Akartepe, s. 21

¹⁵ Sarıtaş Hatice, Hasta Hakları Açısından Hekimin Sorumluluğu, Bilge Yayınevi, Ankara – 2005, s. 31

¹⁶ Akartepe, s. 22, Sarıtaş, s. 142,143

¹⁷ Öztürkler Cemal, Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları, Seçkin Yayıncılık, Ankara - 2003, s. 56

Konumuzla ilgili olarak, hekimin sadakat yükümlülüğü, sözleşmede hüküm bulunmasa dahi vekalet sözleşmesinin niteliği gereği yerine getirilmesi gereken bir borçtur. Bu borç, vekilin gerek vekaletin ifası sırasında gerek sözleşme sona erdikten sonra kendisine duyulan güvene uygun olarak ve sözleşme çerçevesinde müvekkilin menfaatlerinin korunması şeklinde tanımlanabilir.¹⁸

Hekimlik sözleşmesi mahiyeti gereği bir iş görme sözleşmesi olmakla birlikte hekimin hatası veya ihmali nedeniyle telafisi mümkün olmayan zararların doğmasına yol açılabilecek bir sözleşme niteliği taşımaktadır. Bu nedenle, hekimin gerek sözleşme gereği gerek mesleki etik kuralları gereği özen ve sadakat göstermesi zorunludur.¹⁹

Hekimin sadakat borcu, hekimin hastanın sağlığını korumak için gerekli her şeyi yapması, zarar verecek şeylerden ise kaçınmasını ifade eder. Hekim sanatını uygularken, hastanın yaşam ve sağlığına, kişiliğine saygı göstermek zorundadır. Hekim kendisine bırakılan değer ve çıkarları gerektiğinde özveride bulunarak korumakla yükümlüdür. Bu çerçevede, hekimin tedavi sırasında öğrendiği hastaya ait sırları gizli tutup, üçüncü şahıslara açıklamamakla yükümlü olmasını kapsayan sır saklama borcu da hekimin sadakat borcunun bir parçasıdır.²⁰ Hekim hastaya karşı her zaman dürüst davranmalı, onun güvenini sarsacak davranışlardan kaçınmalı, özellikle de hastanın sırlarını kimseye açıklamamalıdır.²¹

Bu nitelemenin bir sonucu olarak, hekimin ya da sağlık kurumunun sadakat ve özen borcuna aykırı davranması halinde, hastanın aykırılık teşkil eden eylemlerin varlığını ispat etmesi yeterlidir; kusuru olmadığını ispat yükü hekime düşer.

¹⁸ Tandoğan Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.II, Ankara – 1985, s.72

¹⁹ İpekyüz Filiz Yavuz, Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul-2006, s.102

²⁰ Yılmaz, s.43, İpekyüz, s.112

²¹ Sarıtaş, s. 73

Hekim, meslek kurallarına aykırı davranmamalıdır. Şayet davranırsa, bu aykırılık kusurun varlığı konusunda bir karine oluşturmaktadır. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 04.03.1994 tarihli 1994/8557-2138 sayılı ve 25.04.2002 tarihli 2002/2589-4560 sayılı kararlarında;

“...Vekil, iş görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden değil de, bu sonuca ulaşmak için yaptığı uğraşların özenle görülmemesinden sorumludur. Vekilin sorumluluğu, genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır (BK m. 390/II). Vekil, işçi gibi özenle davranmak zorunda olup hafif kusurundan bile sorumludur (BK m. 321/I). O nedenle doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları (hafif de olsa) sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Doktorlar, hastalarının zarar görmemesi için yalnız mesleki değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek zorundadırlar.”

tespiti yapılarak bu husus teyit edilmiştir.

Belirtilen kurallara aykırı davranan vekil, maddi ve manevi tazminatla sorumlu tutulmalıdır. Mesleki bir iş gören doktor olan vekilden ona güvenen müvekkili titiz bir ihtimam ve dikkati göstermesini beklemekte haklıdır. Vekilin kusurlu olarak akdi ihlal ile hastaya zarar vermesi ve bu bağlamda sırlarını açıklaması halinde vekilin BK m. 390 uyarınca akdi sorumluluğu düzenleyen BK m. 96 ve müteakip maddeleri gereği hukuki sorumluluğu doğacaktır.²²

Ayrıca, şu hususu da belirtmek gerekir ki; hekimin sadakat borcu yalnızca iş görme süresince devam etmesi gereken bir borç değildir. Sözleşmenin sona ermesinden sonra da devam etmesi gereken bir borçtur. Hekim-hasta ilişkisi borçlar hukuk çerçevesinde bir sözleşme olarak ele alındığında hastanın özel

²² Öztürkler, s. 55

yaşamına saygının sağlanması yönünde hükümlerin bulunması hasta haklarından mahremiyete saygı konusunda önemlidir.²³

IV. Hekimin Hastanın Bilgilerini Saklama Yükümlülüğü

A- Kavram

Hasta bilgilerini saklama yükümlülüğü ile ilgili olarak, Borçlar Kanunu'nda bir düzenleme bulunmamakla birlikte, güven ilişkisinin ve sadakat yükümlülüğünün bir sonucu olarak hekim, borcun ifası sırasında öğrenmiş olduğu hastasına ait sırları saklamakla yükümlüdür. Hasta bilgileri bağlamında sır kavramı, açıklanmamasında, gizli tutulmasında hastanın menfaati bulunan her şeyi kapsar.²⁴

Bu çerçevede belirtmek gerekir ki; hekim sağlık hizmeti verirken etik ilkelere bağlıdır. Bu nedenle de sır saklama yükümlülüğü bulunmaktadır. Hekimin sağlık hizmeti verdiği hastasının sağlığıyla ya da kişisel durumuyla ilgili hususları başkalarına anlatmaması, bu yükümlülüğün asli unsurudur. Zira, hastanın hekime başvurmasında güven çok önemli bir etkidir. Güven duygusu da hekimin sır saklamasıyla doğru orantılıdır. Hekim, hastanın tanısını, hastalığını ve hasta ile ilgili edindiği diğer bilgileri başkalarına söylemeyecektir.²⁵

Hekimin sır saklama yükümlülüğü, hekimin hastanın özel yaşamının gizliliğine saygı göstermesi sorumluluğu içinde yer almaktadır. Kişinin kendisi hakkındaki bilgileri ve bu bilgilere ulaşımı kendi denetimi altında tutması olarak da değerlendirilebilecek olan özel yaşama saygı bir hastanın temel hakkıdır. Çünkü, hasta tedavisinin öncesinde, devamında ve sonrasında kendi ile ilgili birçok bilgiyi başkalarına vermek durumunda kalmaktadır. Bunun yanında tedavi

²³ Sert Gürkan, Hasta Hakları, Babil Yayınları, İstanbul – 2004, s. 193

²⁴ Ayan Mehmet, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara – 1991, s. 98

²⁵ Özkan Hasan – Akyıldız Sunay, Açıklamalı – İçtihatlı Hasta Hekim Hakları ve Davaları, Seçkin Yayıncılık, Ankara -2008, s.66

ile ilgili girişimler ve tetkikler sırasında elde edilen bulgularla hastaya ait bilgiler tedavi eden kurum ya da kişinin bilgilerine dahil olmaktadır. Bu bilgilerin hastanın kontrolündeymiş gibi tutulması, tedavi sürecinde görev alan kişi ya da kurumların önlemler almasını gerektirmektedir.²⁶

Bu çerçevede, hekimlik gibi kişinin yaşama alanına giren mesleklerde kişinin gizli ve özel ve diğer sırları hakkında edinilen bilgilerin “meslek sırrı” olarak saklanması zorunludur. Aksi takdirde sır sahibinin kişilik haklarına saldırı olacağından doktorun cezai ve hukuki sorumluluğu olacaktır.²⁷

Sır, açıklanmasında hasta çıkarlarının söz konusu olduğu ve açıklanması durumunda hastaya maddi veya manevi zarar verebilecek her şeydir. Örneğin, psikolojik bozukluklar, hastalık bulguları, bedensel özellikler, toplumun ayıplama ve tiksinsine neden olabilecek, hastanın ekonomik durumunu ve geleceğini etkileyecek hususlar (evli olmayan kişinin çocuk doğurması, intihar, kürtaj gibi) sır olarak kabul edilir ve açıklanamaz.²⁸ Bunun dışında, hekim ile hasta arasında mesleki, iktisadi ve mali ilişkilerde de sır niteliğinde olaylar söz konusu olabilir.²⁹

Kısaca, sağlık alanında sır kavramının tarihçesi incelendiğinde ise hekim ve hasta ilişkisi içerisinde hekimin sır saklama yükümlülüğünün özellikli bir konumda bulunduğu görülmektedir. Günümüzdeki hekimlik andında etkilerini göstermeye devam eden Hipokrat Andı, hekimin sır saklama konusuna değinerek; hekimin sahip olduğu bazı ayrıcalıkları vurgulamış ve hekimin bu ayrıcalıklardan dolayı elde ettiği bilgileri saklaması gereğini ifade etmiştir.

²⁶ Sert, s. 180

²⁷ Hancı Hamit, Malpraktis Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara – 2006, s. 114

²⁸ Hatırmaz Erol, s. 97

²⁹ Ayan, s. 98

Meslek sırrının saklanması gereği ile ilgili yasal düzenlemeler konusunda Roma döneminde hekimlere yönelik yükümlülükler getiren Vespasien, Cassiodere ve Justinien Kanunları hekimlere susma ödevi yüklemiştir.³⁰ Meslek sırrının saklanması ile ilgili genel bir sınırlamanın getirilmesi için 19. Yüzyılı beklemek gerekmiş; genel bir yasaklama ve ceza sistemi öngören ilk düzenleme 1810 tarihli Fransa Ceza Kanunu olmuştur.³¹

Sır niteliğindeki hasta bilgilerinin hastanın rızası olmaksızın açıklanması kişilik hakkının ihlali niteliğindedir. Ülkemizde bu şekilde ihlallere bağlı sonuçlar hakkında mevzuatta ayrıca bir düzenleme yer almadığından, bu tarz bilgiler genel olarak MK m. 24 vd. ile Türk Ceza Kanunu hükümleri kapsamında korunmaktadır.

B- Tıp Etiği Yönünden Uluslararası Düzenlemeler

Hekimin hastaya yönelik uygulamaları açısından önem taşıyan ilk kavram hiç şüphesiz hekimin tıp etiği çerçevesinde hareket etmesidir.

Sağlık hizmetleri sürecinde hekimin hastanın bilgilerini saklama yükümlülüğü, hekim-hasta ilişkisi açısından tıp etiği çerçevesinde büyük önem taşımaktadır. Tıp etiği yönünden Türk Tabipler Birliği'nin üye olduğu Dünya Hekimler Birliği'nin (DHB) kararları, Türkiye'de faaliyet gösteren tüm hekimler ve meslek örgütleri yönünden bağlayıcıdır.

Söz konusu Birliğin 1948 tarihinde Cenevre'de yapılan 2. Genel Kurulunda benimsenen Mesleki Bağlılık Yemininde “bana verilmiş olan sırlara, hastanın ölümünden sonra bile saygı göstereceğim” ifadesine yer verilmiştir. Birliğin 1949 tarihinde Londra'da düzenlenen 3. Genel Kurulunda kabul edilmiş olan

³⁰ Sert, s. 187

³¹ Sert, s. 188

Uluslararası Tıbbi Etik Kodunda “hekim hastanın ölümünden sonra bile, hasta hakkında bildiği her şey ile ilgili bütün gizliliği sürdürecektir.” denmektedir.³²

Birliğin bu konudaki belli başlı kararları şu şekilde özetlenebilir:

- Hekim hastanın ölümünden sonra bile, hasta hakkında bildiği her şeyle ilgili bütün gizliliğini sürdürecektir (Hekimlik Ahlakı Uluslararası Yasası, DHB Kurultayı, Venedik, 1983).³³
- Hasta hekimden, tüm tıbbi ve özel hayatına ilişkin bilgilerin gizliliğine saygı duyulmasını bekleme hakkına sahiptir. Hastanın sağlık durumu, tedavisi ve diğer bütün kişisel bilgileri ölümden sonra bile gizli tutulmalıdır. Sadece hastanın çocukları ve torunları, sağlıklarını tehdit eden riskleri öğrenmek için bu belgeleri alabilirler. Gizli bilgiler, hasta tarafından ya da kanun tarafından izin verilmiş ise açıklanabilirler. Bu bilgiler, hasta tarafından izin verilmemiş ise diğer sağlık personeline, gerçekten bilinmesi gerekli ise açıklanabilir (DHB, Lizbon, 1981).³⁴
- Hastanın sağlık durumu, tıbbi tahsis durumu, tanısı, prognozu, tedavisi ve kişiye özel diğer tüm bilgiler ölümden sonra bile gizli olarak korunmalıdır. Hastanın kimliğine ait tüm bilgiler korunmalıdır. Bu bilgilerin korunması usulüne uygun yapılmalıdır (DHB, Bali, 1995).³⁵

Aynı şekilde Dünya Sağlık Örgütü Avrupa Bürosu tarafından hazırlanmış olan Avrupa’da Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesi’nin (Amsterdam, 28-30 Mart 1994) “Mahremiyet ve Özel Hayat” başlıklı 4. maddesinin konu ile ilgili hükümleri şu şekildedir;

³² Sert Gürkan, Tıp Etiği ve Mahremiyet Hakkı, Babil Yayınları, İstanbul-2008, s. 93

³³ Hancı, s. 122

³⁴ Sert, Hasta Hakları, s. 144,149

³⁵ Hatun Şükrü, Hasta Hakları, İletişim Yayıncılık, İstanbul – 1999, s. 92

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

4.2. Hastaya ait bu bilgiler, yalnızca hastanın açık izni veya mahkemenin kesin isteği üzerine açıklanabilir.

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

4.8. Sağlık kurumlarına başvuran hastalar, özellikle sağlık personelinin kişiisel bakımlarını veya muayene ve tedavilerini yapacağı durumda kurumların özel hayatlarının korunmasını sağlayan fiziksel özelliklere sahip olmasını bekleme hakkına sahiptirler.³⁶

Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü'nün (Roma - Kasım 2002) "hastalara ait 14 hak" başlıklı II. Bölümünün "özel ve gizlilik hakkı" başlıklı 6. maddesine göre de her birey kişiisel bilgilerinin; sağlık durumu, yapılan teşhis ve tedavi konularında bilginin yanı sıra teşhis ve tedavi yapılırken veya özel ziyaretlerinin gizliliğinin muhafazası hususunda, gizli tutulmasını talep etme hakkına sahiptir. Bir bireyin sağlık durumuna veya ona uygulanan tıbbi/cerrahi tedaviye ilişkin bilgi ve veriler gizli olmalı ve öyle muhafaza edilmelidir. Tıbbi müdahale sırasında bile kişiisel gizliliğe saygı gösterilmeli, yani uygun ortamda yapılmalı ve gerçekten orada bulunması gerekli olan kişiler (hastanın onayı veya özel bir talebi olması durumları hariç) nezdinde yapılmalıdır.³⁷

³⁶ Hatun, s. 86-87

³⁷ Hakeri, s. 56

Dünya Psikiyatri Birliği'nin 1977 tarihli Hawaii Bildirgesi'nde hastanın psikiyatrisine verdiği bilgilerin gizli kalması gerektiği belirtilmiştir. Ancak, hastanın bilginin verilmesine izin verdiği durumlarda ya da kamu yararının bulunduğu durumlarda hasta sırlarının açıklanabileceği ifade edilmiştir.³⁸

İngiliz Tıp Birliği'nin 1959'da yayınladığı ilkelerde hekimin mesleğini yürüttüğü süreçte öğrendiği bilgileri gizli tutması gerektiğini belirtmiştir. Söz konusu ilkelerde her zaman hastanın yararına ve hastanın bilgilerini korumayı amaçlayan bir yaklaşımın korunması gerektiği savunulmuştur. 1971'de bu ilkelere yapılan ekte, hastaya en uygun tedavinin sağlanması için üçüncü kişilerin bilgilendirilmesi gerekiyorsa hasta bilgilerinin, şayet hasta kabul ederse, üçüncü kişilere açıklanabileceği ifade edilmiştir.³⁹

C- Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi

Avrupa Konseyi tarafından 04.04.1997 yılında ilan edilen Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi⁴⁰, tıbbın uygulanmasında insan hakları açısından büyük önem arz etmektedir. Biyotıp Sözleşmesi olarak ifade edilen sözleşme, organ nakli, insan üzerinde araştırma, genetik testler, embriyo üzerinde araştırma, gibi pek çok tıbbi uygulamalarla ilgili konuda hükümler içermektedir. Sözleşme aydınlatılmış onam ve özel hayatın gizliliği ile çeşitli hükümlere de yer vermiştir.

³⁸ Sert, Tıp Etiği ve Mahremiyet Hakkı, s. 93,94

³⁹ Sert, Tıp Etiği ve Mahremiyet Hakkı, s. 94

⁴⁰ Bu Sözleşme, Türkiye Cumhuriyeti tarafından 4 Nisan 1997 tarihinde imzalanmış; Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından da 3.12.2003 tarihinde onaylanmış ve buna dair Kanun, "Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun" adıyla ve 5013 Kanun numarası ile 9 Aralık 2003 tarihli ve 25311 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak aynı tarihte yürürlüğe girmiştir.

Sözleşmeye göre, insanlığın çıkarları ve refahı, salt toplum veya bilimin çıkarlarından üstün tutulmalıdır. Taraflar, sağlık ihtiyaçlarını ve kullanılabilir kaynakları göz önünde bulundurarak, kendi mevzuatları kapsamında, sağlık hizmetlerine uygun kalitede adil erişim hakkı tanımak için gerekli önlemleri almalıdırlar. Araştırmalar da dahil olmak üzere, sağlık alanındaki her müdahalenin mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir.⁴¹

Sözleşmenin III. bölümünde yer alan “özel hayat ve bilgilendirme hakkı” başlıklı 10. maddesi aynen şu şekildedir;

“Herkes kendi sağlığı bakımından özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir.

Herkes kendi sağlığı hakkında toplanmış herhangi bir bilgiyi öğrenme hakkına sahiptir. Bununla beraber, bireylerin bilgilendirilmeme istekleri de gözetilecektir.

İstisnai durumlarda, ikinci paragraflarda belirtilen hakların kullanılmasında, hastanın yararları bakımından kanun tarafından kısıtlamalar öngörülebilir.”

Böylece, Sözleşme, herkese sağlığı ile ilgili bilgiler konusunda özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkını tanımıştır. Hastanın sağlık durumu ile ilgili bilgilere ulaşma hakkı da açıkça belirtilmiştir. Hasta kendisi ile ilgili tutulmuş kayıtlara ulaşabilecek, kayıtlardan da istediği bilgileri alabilecektir.⁴²

Söz konusu 10. maddenin 3. paragrafında, 2. paragrafta yer alan hakların kullanılabilmesinde istisna getirilebilecek bir durum ortaya koyulmuştur. Buna göre, hastanın yararı açısından bazı bilgilerin hastaya verilmeyebileceği ya da hastanın bilgilendirmeyi reddetme hakkını kullanamayacağı belirtilmiştir.

⁴¹ Keser Berber Leyla – Ülgü Mahir – Er Cüneyd, Elektronik Sağlık Kayıtları ve Özel Hayatın Gizliliği, İstanbul Bilgi Üniversitesi Bilişim Teknoloji Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi Yayını, İstanbul-2009, s.173

⁴² Sert, Tıp Etiği ve Mahremiyet Hakkı, s.60

Örneğin, hastaya bilgilerin verilmesi, hastanın klinik tablosunda bir olumsuzluğa neden olacaksa, hastaya bilgilerin verilmemesi söz konusu olabilecektir. Hastanın kendi yararı açısından hastalığı konusunda mutlaka bilgilendirilmesi gereken durumlarda, hastaya bilgi verilmesi zorunlu tutulabilecektir. Sözleşme bu sınırlamaların yasal düzenlemelerle yapılabileceğini belirtmiştir.⁴³

D- Tıbbi Verilerin Korunmasına İlişkin R (97) 5 No’lu Avrupa Konseyi Tavsiye Kararı

Avrupa Konseyi’nin 13 Şubat 1997 tarihli (97) 5 sayılı Tavsiye Kararı’nda öncelikle “kişisel veri” ve “tıbbi veri” tanımları yapılmıştır. Buna göre, kişisel veri bireyi belirli veya belirlenebilir kılan her türlü bilgiyi kapsar. Tıbbi veri ise, bir bireyin sağlığına ilişkin olan tüm kişisel verileri ifade etmektedir.⁴⁴

Tavsiye Kararı 3. maddesinde “mahremiyete saygı göstermek” şeklindeki temel ilkeye atıf yapmaktadır. Buna göre, temel hak ve özgürlüklere ve özellikle mahremiyet hakkına saygı gösterilmesi, tıbbi verilerin toplanması ve işlenmesi aşamalarında garanti edilmelidir. Kural olarak; tıbbi veriler sadece ulusal hukuk tarafından öngörülen güvencelere uygun olarak ve sağlık uzmanları veya sağlık uzmanları adına hareket eden bireyler veya kuruluşlar tarafından toplanacak ve işlenecektir. Sağlık uzmanları adına hareket eden ve tıbbi verileri toplayan ve işleyen bireyler veya kuruluşlar da, sağlık uzmanlarının yükümlü oldukları mahremiyetle ilgili aynı kurallara tabi olacaklardır.⁴⁵

⁴³ Sert, Tıp Etiği ve Mahremiyet Hakkı, s. 60,61

⁴⁴ Keser Berber – Ülgü – Er, s.158

⁴⁵ Keser Berber – Ülgü – Er, s.159

E- Hekimin Hasta Bilgilerini Saklama Yükümlülüğü ile İlgili Özel Düzenlemeler

Bir tıbbi bilginin “sır” olarak nitelendirilip korunması açısından hekimin sır saklama yükümlülüğü ile ilgili özel düzenlemeler bulunmaktadır. Bunların genel olarak değerlendirilmesi hastanın haklarının korunması yönünden önemlidir.

1. Tıbbi Kayıtların Tutulması Zorunluluğu İlkesi İle Bağlantısı Yönünden Hasta Bilgileri

Kamu ya da özel sağlık kurum ve kuruluşları, hasta hakkındaki bilgi ve kayıtları düzgün bir biçimde tutmak, bunları bir dosya halinde saklamakla yükümlüdür. Bu dosyada, hastanın bireysel özellikleri, hastalığın gelişimi, yapılan tetkik ve tahlillerin sonuçları, tanı, tedavinin seçimi ve uygulanması, hastalığın seyri ve hastanın iyileşmesi gibi konularda bilgiler yer alır.⁴⁶

Tıbbi kayıtların tutulması zorunluluğu, mevzuatımızda farklı yönetmelik, tüzük ve yönergeler ile düzenlenmiş bulunmaktadır. Buna göre;

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 16. ve 17. maddelerinde “kayıtları inceleme ve kayıtların düzenlenmesini isteme” hasta hakları arasında sayılmıştır. Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun'un 10. maddesinde “sağlık ocakları ve evlerinin, her türlü koruyucu hekimlik hizmetleri ile hastaların muayene ve tedavisinin yanı sıra, sağlık ocağına kayıtlı şahısların sağlık sicillerini tutmakla mükellef oldukları belirtilmiştir. Ayakta Teşhis Ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmeliği'nin 17. maddesinde, sağlık kuruluşunda çalışan tabiplerin, hastasına ait muayene, teşhis ve tedavi işlemlerini uygun şekilde kaydetmekten sorumlu oldukları; 27. maddesinde ise sağlık kuruluşuna başvuran hastaların teşhis ve tedavi bilgileri ve varsa yapılan cerrahi müdahale, gözlem altındaki tıbbi işlemler, hastalar adına açılmış dosyalar ve ilgili defterlere

⁴⁶ Er, s.92

işleneceği ve bu belgelerin, arşiv ile ilgili mevzuat hükümlerine uygun şekilde sağlık kuruluşu tarafından muhafaza edileceği düzenlenmiştir.

Acil Sağlık Hizmetleri Yönetmeliği'nin 8. maddesinde resmi ve özel sağlık kurum ve kuruluşları bünyesinde acil sağlık hizmeti veren hastane acil servislerinde, verilen hizmet ile ilgili kayıt tutma zorunluluğu bildirilmiştir. Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nin 12. maddesinde poliklinikte muayene edilen bütün hastaların kaydedileceği ve ağır, acil ve adli vakaların kuruma müracaat saatlerinin de mutlaka yazılacağı belirtilmiştir.

Özel Hastaneler Yönetmeliği'nde; özel hastaneler, muayene, teşhis ve tedavi amacıyla başvuran hasta, yaralı, acil ve adli vakalar ile ilgili olarak yapılan tıbbi ve idari işlemlere ilişkin kayıtların tutulması ve saklanması, tıbbi arşiv zorunluluğu ile bu kayıtların, en az yirmi yıl süre ile saklanması gerektiği hüküm altına alınmıştır.

Tababet ve Şuabatı Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 72. maddesine ve Özel Hastaneler Tüzüğü'nün "hasta dosyaları ve iç hizmet yönergesi" başlıklı 29. maddesine göre gerek özel ve gerekse kamu kurumları, kendilerine danışma, muayene ya da tedavi amacıyla başvuran şahısların tıbbi kayıtlarını tutmakla yükümlüdür.

Bu konuda uygulamada karşılaşılan önemli bir sorun, sağlık kurum ve kuruluşlarının, tıbbi kayıtları tutmaması, saklamaması veya mahkemelere göndermemesi ya da silinti ve eklentilerle göndermesi halleridir.⁴⁷

⁴⁷ Akyıldız Sunay, Hekimin Cezai Sorumluluğu Bakımından Uygulamada Sorunlar, V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıp Hukukunun Güncel Sorunları, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 142, Ankara – 2008, s. 991

Tıbbi dosyalardaki kayıtların tutulmaması, eksik tutulması veya saklanmaması Türk Ceza Kanunu'nun 257. maddesi kapsamında görevin kötüye kullanılması olarak değerlendirilmektedir. Tıbbi kayıtların tutulmaması veya kaydedilmemesi, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125. maddesi ile Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği'nin 5 ve 8. maddeleri kapsamında da idari cezayı getirmektedir.⁴⁸

Bu çerçevede belirtmek gerekir ki; Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 332. maddesi gereğince, hekimlerin savcılık veya mahkeme tarafından istenen tıbbi kayıtları on gün içinde göndermesi; göndermiyorsa neden gönderemediğini ve ne zaman gönderebileceğini aynı süre içerisinde istemde bulunan adli makama bildirmesi zorunluluğu hüküm altına alınmıştır.

2. Tıbbi Deontoloji Tüzüğü⁴⁹ Yönünden Hasta Bilgileri

Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün (TDT) 4. maddesinde tabibin meslek ve sanatın uygulanması nedeni ile duyduğu sırları yasal bir zorunluluk olmadıkça açıklayamayacağı, tıbbi toplantılarda sunulan veya yayınlanan söz konusu olgularda, hastanın kimliğinin açıklanamayacağı düzenlenmiştir. TDT bu madde ile hekimlerin meslek sırrını açıklamalarını yasaklamıştır. Ancak kanuni bazı mecburiyetlerin bulunması halinde hekimlerin meslek sırrını açıklayabileceklerini belirtmiştir.⁵⁰

Yine Türk Eczacıları Deontoloji Tüzüğü'nün 4. maddesinde eczacının meslek ve sanatının icrası sırasında öğrendiği sırları, kanuni zorunluluk olmadıkça ifşa edemeyeceği düzenlemiştir.⁵¹

⁴⁸ Akyıldız, s. 991

⁴⁹ Yürürlüğe Koyan Bakanlar Kurulu Kararnamesi: No.4/12578-13 Ocak 1960. 10436 sayılı ve 19 Şubat 1960 tarihli R.G.de yayınlanmıştır.

⁵⁰ Savaş Halide, Sağlık Çalışanlarının ve Sağlık Kurumlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumlulukları Ceza – Hukuk, Seçkin Yayıncılık, Ankara – 2007, s.491

⁵¹ Sert, s. 196

3. Hasta Hakları Yönetmeliği⁵² Yönünden Hasta Bilgileri

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 21. maddesine göre, hastanın mahremiyetine saygı gösterilmesi esastır.

Bu yönetmeliğin 5/f maddesinde kanun ile müsaade edilen haller ile tıbbi zorunluluklar dışında, hastanın özel hayatının ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı, 21. maddesinde hastanın mahremiyetine saygı gösterilmesinin esas olduğu, hastanın sağlık durumu ile ilgili tıbbi değerlendirmelerin gizlilik içinde yürütülmesi, muayenenin, teşhisin, tedavinin ve hasta ile doğrudan teması gerektiren diğer işlemlerin makul bir gizlilik ortamı içinde gerçekleştirilmesi 23. maddesinde sağlık hizmeti nedeniyle edinilen bilgilerin kanun ile müsaade edilen haller dışında hiç bir şekilde açıklanamayacağı, hukuki ve ahlaki yönden geçerli ve haklı bir sebebe dayanmaksızın hastaya zarar verme ihtimali bulunan bilgilerin ifşa edilmesinin, personelin ve diğer kimselerin hukuki ve cezai sorumluluğunu gerektireceği düzenlenmiştir.⁵³

Bu çerçevede, hasta mahremiyetinin sağlanması hastaya ait bilgilerin gizli tutulması ile mümkün olacaktır. Hastanın sağlık durumu ve kişisel bilgileri sadece hastaya ait olmalıdır. Hekim ya da sağlık hizmeti veren diğer personel hastaya ait edindikleri bilgileri yasa aksini öngörmediği sürece ve emretmedikçe hiçbir şekilde açıklayamazlar. Araştırma ya da eğitim amaçlı çalışmalarda da yine hastanın rızası olmaksızın açıklanamaz, gizlilik kapsamından çıkarılamaz.⁵⁴

Hukuki ve ahlaki yönden geçerli ve haklı nedene dayanmaksızın hastaya zarar vermesi olasılığı bulunan bilgilerin açıklanıp yayılması karşısında hasta, bu açıklama ve yaymada bulunan hekim veya sağlık personelinin ve buna bağımlı diğer üçüncü kişilerin hukuki ve cezai yönden yükümlü tutulmasını isteyebilmektedir. Bu yönde aşağıdaki bölümlerde detaylı bir şekilde

⁵² 23420 sayılı 01.08.1998 tarihli R.G.de yayınlanmıştır.

⁵³ Savaş, s. 483-484; Hancı, s. 123-124; Sert, s. 142

⁵⁴ Özkan – Akyıldız, s. 48

açıklayacağımız şikayet ve dava haklarını hasta her zaman kullanabilir. Bundan başka, araştırma ve eğitim amacıyla yapılan çalışmalarda da hastanın kimlik bilgileri izni olmadan açıklanamayacaktır. Hastadan izin alındığında her zaman hastanın kimlik bilgileri açıklanabilir.⁵⁵

Ölüm durumunda dahi, mahremiyetin bozulmaması esastır. Eğitim verilen sağlık kurum ve kuruluşlarında, hastanın tedavisi ile doğrudan ilgili olmayanların tıbbi müdahale sırasında bulunması gerekli ise; önceden veya tedavi sırasında bunun için hastanın ayrıca rızası alınır.⁵⁶

Aynı yönetmeliğin 2. maddesinde, bu yönetmeliğin sağlık hizmeti veren resmi ve özel bütün kurum ve kuruluşları, bu kurum ve kuruluşlarda veya bunların dışında hizmete katılan her kademedeki ve unvandaki ilgilileri ve hizmetten faydalanma hakkını haiz olan bütün fertleri kapsayacağı düzenlenmiştir.

Hasta Hakları Yönetmeliğindeki söz konusu düzenlemeler ile ilgili olarak, Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nin 7. maddesinde, poliklinik muayenelerinde gizlilik prensiplerine riayetın esas olacağı, halkın gelenek ve ahlak kurallarına saygı gösterileceği, muayene esnasında poliklinik odasında tıp ve yardımcı tıp meslekleri personelinden başka kimsenin bulunamayacağı, ancak hasta isterse ailesinden biri veya bir yakını bulunabileceği hükme bağlanmıştır.

4. Türk Tabipler Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları⁵⁷

Hekimlik Meslek Etik Kuralları'nın 9. maddesi sır saklama yükümlülüğünü düzenler. Buna göre “hekim, hastasından mesleğini uygularken öğrendiği sırları açıklayamaz. Hastanın ölmesi ya da o hekimle ilişkisinin sona ermesi, hekimin bu

⁵⁵ Özkan – Akyıldız, s. 48

⁵⁶ Yıldırım Turan, Hasta Hakları, Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu'ndaki Düzenlemeler, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyumu Özel Sayısı 1, İstanbul – 2007, s. 120

⁵⁷ Türk Tabipler Birliği'nin 10-11 Ekim 1998 tarihinde düzenlenen 47. Genel Kurulunda kabul edilmiştir.

yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Hastanın onay vermesi ya da sırrın saklanması hasta ya da öteki insanların yaşamını tehlikeye sokması durumunda, hastanın kişilik haklarının zedelenmemesi koşuluyla, hekim bu sırrı saklamakla yükümlü değildir. Yasal zorunluluk durumlarında hekimin rapor düzenlemesi de, meslek sırrının açıklanması anlamına gelmez. Hekim, tanık ya da bilirkişi olarak mahkemeye çağrıldığında olayın meslek sırrı olduğunu ileri sürerek bu görevlerinden çekilebilir.”⁵⁸

Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 31. maddesine göre, hekim, hastasının kimlik bilgilerini saklı tutmak koşuluyla, bu bilgileri dosya üzerinden yapacağı araştırmalarda kullanabilecektir.

Görüleceği üzere, mevzuatımızda hasta bilgilerinin gizliliği prensibine yönelik birçok düzenleme bulunmakta, ancak gizlilik prensibinin ihlali halinde uygulanacak maddi hukuk ve ceza hukuku düzenlemelerine özel olarak yer verilmemektedir.

V. Hasta Bilgilerinin Gizliliğine Yönelik Diğer Mevzuat Düzenlemeleri

A- Medeni Kanun

MK m. 24/II gereği kişinin haklarına yapılan müdahalelerin üç halde hukuka aykırılığı ortadan kaldıracağı düzenlenmiştir. Buna göre;

1. Açıklamanın Kişinin Rızası ile Yapılması

Türk hukuk doktrini ve 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 26. maddesinin ikinci fıkrası, İsviçre Ceza Kanunu'na benzer bir yaklaşım göstermiş ve korunan hukuki yararın kişinin iç dünyasına müdahalesiz bir yaşam olduğu ve

⁵⁸ Hancı, s. 124,125

sır sahibinin sırrın açıklanmasına rıza gösterebileceği ve bu rıza ile meslek sırrının açıklanabileceği belirtilmiştir.⁵⁹

Bu halde açıklanan bilginin gerçek ve doğru olması ve açıklayan tarafından bu konuda bir sınır getirilmişse, bu sınırın aşılması gereklidir. Rızanın şekli konusunda kanunda herhangi bir şekil şartı kural olarak öngörülmemişse de, rızanın ispatının kolaylığı yönünden yazılı şekilde alınmasında fayda bulunmaktadır.⁶⁰

Rıza önceden verilecek bir izin ya da ihlalden sonra onaylama biçiminde olabilir. Bu anlamda verilerin alınması sırasında hastadan, bu verilerin ileride belli amaçlarla ve hatta genel anlamda kullanılması ve açıklanması yönünde bir izin alınabilir ve bu halde anılan bilgilerin 3. şahıslara aktarılması hukuka aykırılık teşkil etmeyecektir. Ancak, kişi haklarının mutlak hak niteliğinde olduğu, bu nedenle rızayı veren hastanın bu yönde bir izni, baştaki amacın aşılması halinde dikkate alınarak kişisel bilgilerin kullanılmasını engellemek hak ve imkanına sahip olduğunu unutmamak gereklidir. Hasta tarafından rızanın sonradan geri alınması halinde, rıza gösteren hastanın verilerini açıklamaya yetkilendirmiş olduğu kişi ya da kurumun geri alma nedeniyle uğrayacağı zararlarını tazmin ile yükümlü olacağı da düşünülmelidir. Son olarak, verilen rızanın geçerli olabilmesi için MK m. 23 anlamında hukuka ve ahlaka aykırı bir biçimde verilmemiş olması gereklidir.⁶¹

Aşağıda detaylı bir şekilde açıklayacağımız Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk (Malpraktis) Kanun Tasarısı'nın 10. maddesinin dördüncü fıkrası ile getirilen düzenlemede hastaya ait sırrın açıklanması için hastanın yazılı izni aranmış, adli vakalar, bildirim zorunlu hastalıkların varlığı halinde yapılacak açıklamayı yükümlülüğün ihlali

⁵⁹ Ayan, s. 98, Sert, s. 201

⁶⁰ Erman Barış, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara-2003, s.124

⁶¹ Dural, s. 147,148

saymamıştır. Buna göre, sırrın sahibi hastanın serbest iradesine dayanan açık veya örtülü rızası ile yapılacak açıklamalar hukuka uygundur. Ancak, hekimin açıklamanın zararlı sonuçlar doğuracağı durumlarda konuşmaması daha yerinde bir davranış olacaktır. Hastanın zarar görebileceği hallerde sağlık personelinin hasta istese bile hastanın sırrını açıklamaması gerekir. Burada yararlılık ve zarar vermeme ilkeleri çerçevesinde hareket edilmesi, hekim için öngörülen bu yükümlüğün amacına uygun neticeler doğuracaktır. Açıklamanın yapıldığı hallerde rıza hangi hususlar için verilmişse, o hususlar için açıklamada bulunulmalıdır.⁶²

Yine aşağıda açıklayacağımız Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı'nın 6. maddesine göre, kişisel veriler kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Ayrıca, kanunun öngördüğü bir zorunluluğun mevcudiyeti durumunda; ilgili kişinin rızasını açıklayamayacak durumda olması halinde; kendisinin veya başkasının hayatını veya beden bütünlüğünü korumak amacıyla, kişisel verilerin işlenmesi durumunda verilerin işlenmesi hukuka uygun olacaktır.⁶³

2. Üstün Bir Kamu Yararının Bulunması

Üstün nitelikteki bir kamu yararı da kişilik hakkına yapılan müdahalede hukuka aykırılığı ortadan kaldırır. Örneğin bir hastanın hastalığı, onun dışındaki kişileri ya da toplumu ciddi bir şekilde tehdit ediyorsa, bu nedenle ortaya tıbbi ve yasal bir sorumluluk ortaya çıkacaksa, bu bilgilerin gerektiği kadar ilgili kişi ve kurumlara aktarılabilir. Çok bulaşıcı ve ciddi sorunlar yaratma olasılığı olan enfeksiyon hastalıkları bunlar arasındadır.

⁶² Karasu Sinem, Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, Vedat Kitapçılık, İstanbul-2009, s.109,110

⁶³ Hakeri, s. 483

Yine, örnek vermek gerekirse; cinsel ilişkiyle buluşan bir hastalığı olan biri ile ilgili bilgiler, kendisinin bilgi ve onayı içinde, onunla ilişkide bulunan partnerlerine onlarda da hastalık meydana gelme olasılığı bulunduğundan bir şekilde aktarılmalıdır. Bu işlemler yapılırken hastanın kişilik haklarının getirdiği gizlilik kurallarına en yüksek şekilde özen göstermek gerekmektedir.⁶⁴

Alman Federal Mahkeme kararına konu olan olayda, AIDS hastası bir kişi, psikolojik yardım almak üzere bir doktora müracaat etmiştir. AIDS hastası olduğuna dair sırrını, karısına hiçbir şekilde açıklamayacağına dair söz aldıktan sonra, sırrını doktorla paylaşmıştır. İki yıl sonra bu kişi ölmüştür. Ölen kişinin AIDS olduğunu doktor, ölenin eşine söylemiş, eş test yaptırmış ve kendisinin de bu hastalığa yakalandığını büyük bir üzüntü ile öğrenmiştir. Olayda, AIDS hastası kişinin eşinin, söz konusu durumun kendisine bildirilmesinde özel üstün bir yararın bulunduğu kabul edilmiş, bu sır eşe söylene dahi, sır saklama yükümlülüğünün hukuka aykırı olarak ihlal edilmediği sonucuna varılmıştır.⁶⁵

Konuyla ilgili Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 25.02.1997 tarih ve 22009/93 sayılı Finlandiya'ya karşı Z kararında⁶⁶; mahkeme tıbbi verilerin ceza muhakemesinde kullanılmasını sözleşmenin ihlali olarak nitelememiştir. Söz konusu davanın konusu kısaca; başvuru X, Y ile yeni boşanmıştır. Her ikisi de HIV taşıyıcısıdır. Cinsel suç işlemesi nedeniyle Y'ye karşı başlatılan ceza yargılamasında başvuru tanıklıktan çekilince, başvuru tedavisiyle ilgilenen doktorlar tanık olarak dinlenmiş ve hastanede yapılan arama sırasında başvuru ile ilgili tüm belgelere el konulmuş ve dava dosyasına eklenmiştir. Duruşmaların gizli yapılması kararına rağmen basında konuyla ilgili haberler yer almıştır. Mahkeme, başvuru talebine rağmen sadece 10 yıllık bir süre için karar ve dosya içeriğinin gizli tutulmasına karar vermiş ve kısa karar halka açık olarak tefhim edilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararında;

⁶⁴ Sütlaş Mustafa, Hasta ve Hasta Yakını Hakları, İstanbul – 2000, s. 92

⁶⁵ Yıldırım Fadıl, s.57,63

⁶⁶ Doğru Osman, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, Cilt 1, Beta Yayıncılık, İstanbul - 2002, s. 636; Erdem-Sancaklı-Tezcan, s. 225,226

1- Başvurucunun doktorunun tanık olarak dinlenilmesine ilişkin kararın, başvurucunun tanıklıktan çekilmesinin sonucu olduğu, Y'nin yargılamasında HIV taşıdığını ne zamandan beri bildiğinin açığa çıkarılmasının gerektiği, bu sorunun açığa kavuşmasında üstün bir kamu yararının olduğu, başvurucunu özel yaşamının gizliliği ile ilgili özel tedbirler alındığı, örneğin doktorlara başvurucu ile ilgili diğer konularda başka soru sorulmadığı ve yargılama gizli yürütüldüğü için sözleşmenin 8. maddesine yönelik bir ihlalin söz konusu olmadığı;

2- Tıbbi belgelerin el konulması ve bunların dava dosyasına alınmasında da üstün kamu yararı bulunduğu ve kötüye kullanmaya karşı alınan tedbirlerin yeterli olmadığı için sözleşmenin 8. maddesine yönelik bir ihlalin söz konusu olmadığı;

3- Yerel mahkeme 10 yıllık kısa gizleme süresini belirlerken başvurucunun yararlarını yeterince göz önünde bulundurmadığından ve 10 yıllık süre sonunda duruşma dosyasının halka açıklanmasının kamu yararına dayandırılmayacağı için özel yaşama oransız bir müdahale nedeniyle sözleşmenin 8. maddesine yönelik bir ihlalin olduğu;

4- Başvurucunun adının ve HIV virüsü taşıdığının istinaf mahkemesi kararı ile bağlantılı olarak açıklanmasında haklı bir neden olmadığından sözleşmenin 8. maddesine yönelik bir ihlalin olduğu;

tespitlerinde bulunmuştur.

3. Kanunun Verdiği Yetki

Kanunun verdiği yetkinin anlamı, kamu görevlileri ve kurumlarının, kamu hukukunu düzenleyen hükümlerden kaynaklanan yetkileridir. İşte bu kişi ve kurumlar söz konusu yetkilerini kullanırken, bir kimsenin kişilik hakkına tecavüz ederlerse, sahip oldukları yetki hukuka aykırılığı ortadan kaldırır.⁶⁷

Örneğın, belirli hastalıkların toplum sağlığını tehlikeye düşürmesi, toplumu tehdit etmesi bunların açıklanmasını zorunlu kılmaktadır. Umumi Hıfzısıhha Kanunu'nun⁶⁸ 57, 97, 104, 113 ve 114. maddeleri bulaşıcı hastalıkların ihbarını öngörmektedir.⁶⁹ Bu maddeler uyarınca hekimin ihbarı zorunlu bulaşıcı hastalıkları bildirme yükümlülüğü durumunda da hukuka aykırılığın söz konusu olmayacağı kabul edilmektedir.⁷⁰ Bu Kanunun 282. maddesine göre, bu kanundaki zorunluluklara uymayanlar hakkında, kanunda ayrıca bir ceza hükmü gösterilmediğı ve fiilleri Türk Ceza Kanununda daha ağır bir cezayı gerektirmediğı takdirde, idari yaptırım uygulanacaktır. Ayrıca, fiilin işleniş şekli ve niteliğine göre failin suça vasıta kıldığı meslek ve sanatın yedi günden üç aya kadar tatiline aynı süre kadar işyerinin kapatılmasına da hükmedilebilir.

Umumi Hıfzısıhha Kanunu'nda düzenlenmemiş olmakla beraber, bildirim yükümlülüğü altına bilahare alınacak olan hastalıklar Sağlık Bakanı onayıyla bu konudaki listeye eklenmektedir. AIDS hastalığı da 7.10.1985 tarih ve 3765 sayılı bakanlık makamı onayı ile ihbarı mecburi hastalıklar arasına alınmıştır.⁷¹

⁶⁷ Dural, s. 149

⁶⁸ 06.05.1930 tarih, 1489 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

⁶⁹ Hancı, s.118

⁷⁰ Sert, s. 194,195

⁷¹ Hakeri, s.489

AIDS hastalığı ile ilgili karşılaştırmalı hukuka bakacak olursak Avusturya’da 1986 tarihli bir AIDS Yasası bulunmaktadır. Söz konusu yasa ilgili hastanın isminin açıklanması konusunda hekim için bir yükümlülük getirmemektedir. Getirilen yükümlülük, AIDS hastalığına ilişkin ölüm vakaları söz konusu olduğunda hastanın ad ve soyadının sadece baş harfleri, doğum tarihi, hastanın cinsiyetine ve önemli klinik verilere ilişkin bilgiler içermektedir. Bu bildirim yükümlülüğünün kapsamına sadece bu bilgiler girmektedir. Söz konusu yasada hekimin sır saklama yükümlülüğüne getirilmiş bir istisnadan söz etmek mümkün değildir.⁷²

Almanya’da da bazı enfeksiyonlar için 2001 yılında Enfeksiyonlara Karşı Koruma Kanunu çıkartılmıştır. Bu kanunda yine Avusturya’da olduğu gibi anonim bir bildirim yükümlülüğü getirilmiştir. Ancak, hepatit gibi bazı virüsler bakımından anonim bildirim yükümlülüğünün istisnalarına da yer verilmiştir. Buna göre, hepatit gibi birtakım tehlikeli virüsler söz konusu olduğu takdirde, hastanın isminin bildirilmesi mümkündür. Bunun dışındaki durumlarda hastanın ismi bildirilmeyecektir. Bildirim, hekim tarafından yerel Sağlık Müdürlüğüne yapılacaktır. Aynı zamanda, Berlin’deki Robert Koh Enstitüsü’ne de bu bilgiler ilgili Sağlık Müdürlüğü tarafından iletilecektir. Yerel makamlara yapılan bildirim temelde hastaya gerekli yardımın yapılmasını sağlamak, enstitüye yapılan bildirim amacı ise AIDS hastalarının sayısına ilişkin ülke genelinde bilgilere ulaşabilmektir.⁷³

Bildirim yükümlülüğü ile ilgili ülkemizdeki düzenlemelere dönecek olursak, Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 159/1. maddesi de bir bildirim yükümlülüğünü öngörmektedir. Bu hükme göre, bir ölümün doğal nedenlerden meydana gelmediği kuşkusunu doğuracak bir durumun varlığı veya ölünün kimliğinin belirlenememesi halinde, sağlık veya cenaze işleriyle görevli kişiler, durumu derhal Cumhuriyet Başsavcılığına bildirmekle yükümlüdürler.

⁷² Erdem Mustafa Ruhan, s.818

⁷³ Erdem Mustafa Ruhan, s. 819

Yine Ceza Muhakemesi Kanunu 87. maddesine göre, ölümünden hemen önceki hastalığında öleni tedavi etmiş olan hekimin otopsi sırasında hazır bulunması ve hastalığın seyri hakkında bilgi vermesinin istenebileceği öngörüldüğünden, bu durumda hekimin bir ceza soruşturması kapsamında yaptığı, sadece hastalığın seyri hakkında verdiği bilgilerden dolayı sorumluluğu söz konusu olmaz.

Ayrıca, CMK m. 161/4 ile kamu görevlileri bakımından yürütülmekte olan soruşturma kapsamında ihtiyaç duyulan bilgi ve belgeleri, talep eden Cumhuriyet savcısına vakit geçirmeksizin temin etmek yükümlülüğü getirilmiş olup, bu durumda kişisel verilerin açıklanması hukuka uygun olacaktır. CMK m. 161 sadece ise kamu görevlilerine yönelik ve soruşturma kapsamında istenecek bilgilere ilişkin bir düzenleme getirmektedir. Oysa CMK m. 332/1’de gerek suçların soruşturma gerekse kovuşturması sırasında, Cumhuriyet Savcısı, hakim veya mahkeme tarafından yazılı olarak istenen bilgilere on gün içinde cevap verme zorunluluğu öngörülmüştür. Bu nedenle kamu veya özel sağlık kurumları ve burada görevli sağlık görevlileri, ceza soruşturması ve kovuşturması ile ilgili Cumhuriyet Savcısı, hakim veya mahkemenin talebi karşısında, hastanın kişisel verilerine ilişkin açıklamalarından dolayı aşağıdaki bölümlerde detaylı bir şekilde açıklayacağımız TCK’nin 136. maddesinde yer alan “verileri hukuka aykırı olarak verme” suçundan dolayı sorumlu tutulmayacaktır.⁷⁴

Özel Hastaneler Tüzüğü’nün 32. maddesi de güvenlik makamlarına bildirme mecburiyetini düzenlemektedir. Buna göre, durumundan kuşku duyulan ve kimliği belli olmayan hastalarla, adli olaylar güvenlik makamlarına derhal bildirilecektir. Aynı tüzüğün 40. maddesinde de, “bildirilmesi zorunlu hastalığa yakalanmış olanlardan iyileşmeden çıkanlarla, bulaşıcı hastalık taşıyıcıları ile

⁷⁴ Yokuş Sevük Handan, Tıp Ceza Hukukunda Kişisel Verilerin Açıklanması, V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıp Hukukunun Güncel Sorunları, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 142, Ankara – 2008, s. 807

gidecekleri yerler, sorumlu müdürlerce ilgili makamlara bildirilir” hükmü yer almaktadır.

Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nin 86. maddesinde de “adli ihbar işlemleri” düzenlenmiştir. Buna göre, yataklı tedavi kurumlarında muayene ve tedavi edilen vakaların, Türk Ceza Kanunundaki ilgili maddenin müstesna kıldığı haller dışında gecikmeksizin Cumhuriyet Başsavcılığına haber verilmesi zorunludur.

Devlet İstatistik Enstitüsü Kanunu uyarınca, Enstitünün istatistiki ya da toplum sağlığına yönelik hususlar hakkında hasta kayıtlarını isteme imkanı vardır, ancak kişisel ve özel nitelikteki bilgileri ifşa edemeyeceği ve yayınlamayacağı düzenlenmiştir.

Konuyla ilgili AİHM İsveç'e karşı Anne-Marie Andersson Kararı'nda başvuruçunun psikiyatrisi tarafından hastanın oğlu hakkında Sosyal Hizmetler Kurumunca koruma tedbiri alınmasını sağlamak üzere yaptığı bildirim hususunu değerlendirmiştir. Anne-Marie Andersson, psikiyatrisi tarafından Sosyal Hizmetler Kurumu'na bilgisi ve rızası olmaksızın kişisel verilerinin açıklanmasının 8. maddede garanti edilen özel hayatın gizliliğini ihlal ettiği iddiasıyla 11 Şubat 1992'de komisyona başvurmuştur. Komisyon başvuruçunun verilerin açıklanmasının özel hayata saygı hakkına müdahale olduğu konusundaki şikayetini, İsveç Sosyal Hizmetler Kanununda “sağlık ve ahlak” ile “başkalarının hak ve özgürlüklerini koruma” meşru amacına uygun bulmuştur. Komisyon, başvuruçuya daha önce önlem hakkında bilgi verildiğini ve söz konusu bilginin kamuya açıklanmadığını ve gizliliğine uyulduğunu tespit etmiştir. Başvuruçunun iddiasının aksine Sosyal Hizmetlerin müdahalenin gerekliliğini değerlendirirken sadece oğlu hakkında değil, kendisi hakkında da bilgi sahibi olması gerekmektedir. Psikiyatrisin, sosyal hizmetlerin soruşturmasında hangi verinin önem taşıdığını değerlendirme konusunda geniş bir takdir yetkisine sahip olup, ilgiliyi sosyal hizmetlere bilgi verilmeden önce haberdar etme yükümlülüğü

bulunmamaktadır. Bu nedenlerle, Komisyon, yetkililerin takdir hakkını kullanmasının demokratik toplumda gerekliliğine karar vermiş, tıbbi verilerinin açıklanması hususunun sözleşmenin 8. maddesinin ihlali hususundaki iddiayı kabul edilebilir bulmamıştır.⁷⁵

B- Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı ve Bu Tasarının Dayanağı Niteliğindeki Sözleşme ve Kanunlar

Kişisel veriler ve özellikle hasta verileri değişik kurumlarca değişik şekillerde, bilgisayar ortamında olduğu gibi defter veya dosyalar halinde saklanmaktadır. Ancak günümüzde giderek yaygınlaşan bir şekilde devlet kurumları başta olmak üzere bankalar, sigorta kuruluşları, hastaneler, internet servis sağlayıcıları ve benzeri kurumlar gerek faaliyet alanlarına özgü ve gerekse genel nitelikte olmak üzere şahıslara/hastalara ilişkin sahip oldukları bilgileri bilgisayar ortamında saklamak suretiyle veri bankaları oluşturmaktadır. Bu nedenle uygulamada uzunca bir süredir boyutları itibariyle bu konuyu düzenleyen hukuki bir zemine ihtiyaç vardır.⁷⁶

Ülkemizde, kişisel nitelikteki verilerin otomatik işleme tabi tutulması dolayısıyla bireylerin kişilik haklarının korunmasına ilişkin kanun tasarısını hazırlamak üzere ilk komisyon 14 Eylül 1995 tarihinde kurulmuştur.⁷⁷ Çalışmalarını tamamlayamayan bu komisyon 18 Eylül 2000 tarihinde yeniden oluşturulmuş ve hazırlanan “Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı” bakanlıklar ile ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının görüşlerine gönderilmiş, son olarak 09.11.2005 tarihinde Başbakanlığa sevk edilmiş, ancak henüz kanunlaşmamıştır.

⁷⁵ Yokuş Sevik, s. 805,806

⁷⁶ Sert, s. 183

⁷⁷ Başalp Nilgün, Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması, Yetkin Yayınları, Ankara-2004, s. 107

Türkiye'nin de 28 Ocak 1981 tarihinde imzaladığı Kişisel Nitelikli Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Kişilerin Korunmasına Dair 28 Ocak 1981 Tarihli Avrupa Konseyi (Strasbourg) 108. No.lu Sözleşmesi ve Kişisel Verilerin İşlenmesinde Gerçek Kişilerin Korunması Yönergesi, Kişisel Verilerin Korunması Kanun Tasarısı'nın dayanağını teşkil etmektedir.⁷⁸

1. Kişisel Nitelikli Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Kişilerin Korunmasına Dair 28 Ocak 1981 Tarihli Avrupa Konseyi 108. No.lu Sözleşmesi

Söz konusu Sözleşme'nin giriş kısmındaki açıklamalara göre, Sözleşmeyi kabul eden Avrupa Konseyi'ne üye ülkeler, Avrupa Konseyi'nin hedefinin, her şeyden önce insan hakları ve temel hakların ön planda olduğunun bilincinde olarak, üye ülkeler arasında sıkı ilişkileri gerçekleştirmek olduğunu, giderek yaygınlaşan sınır aşırı otomatik işleme tabi tutulan kişisel veri trafiği karşısında, her insanın hakları ve temel özgürlüklerinin korunması, her şeyden evvel kişilik alanına dikkat edilmesinin kayda değer olduğunu, aynı zamanda Devletlerin sınırlarıyla kayıtlı olmaksızın bilgilenme özgürlüğünün güçlendirilmesi gerektiğini ve kişilik alanın dikkate alınması ve halklar arasındaki özgür bilgi değişimi temel değerlerinin hayata geçirilmesinin kabulünü ve bu bağlamda Sözleşmeyi hayata geçireceklerini vurgulamaktadırlar.

108 sayılı Sözleşme'de genel olarak, korumaya tabi tutulacak kişisel bilgilerin, belirli bir kişiye ilişkin olan veya belirli bir kişiye ilişkin olduğu belirlenebilen bütün bilgiler olduğu, kişinin özel, toplumsal ve resmi yaşamına, ailesine, öğrenimine, işine, görevine vb. ilişkin bilgilerin bu kapsamda olduğu, bu bilgilerden kişinin etnik kökeni, dini, inancı, sağlığı, cinsel yaşamı, siyasal görüşlerine ilişkin bilgilerin özel nitelikleri dolayısıyla “duyarlı” bilgiler olarak daha ciddi koruma önlemlerine tabi tutulması, verilerin toplanış amacına ve temel hak ve özgürlüklere aykırı olmaması, toplanan verilerin doğruluğunun kontrol

⁷⁸ Başalp, s.108

edilmesi, kişisel verilerin hangi amaçla toplandığının başlangıçta bütün ilgililere açıkça bildirilmesi, kişisel veri ile ilgili olarak kişi kimliğini kanıtlamak koşulu ile kendisi hakkında toplanan bilgilerin ne tür bir işleme tabi tutulduğu ve gerekli bir örneğini elde edebilme imkanının sağlanması gerektiği, görevli makamlara anılan prensiplere ilişkin tedbirlerden ayrılma yetkisinin, temel hak ve özgürlüklere uygun olmak kaydıyla ancak ulusal güvenlik, kamu düzeni, halk sağlığı koruması amacı ile verilmesi, kişilik hakkının ihlal edilmemesi koşulu ile istatistiki veya bilimsel amaçlara hizmet eden durumlarda bu verilerin korunmasına sınırlandırma getirebileceği hususları düzenlenmiştir.

Ayrıca, Sözleşmenin 10. maddesi taraf devletlere, iç hukuk mevzuatında, belirtilen korumanın yapılabilmesi ve Sözleşmede yer alan veri korunmasına ilişkin ilkelerin yerine getirilmesi için gerekli yaptırımları ve hukuksal araçları oluşturmak yükümlülüğü yüklemekte; 13. madde taraf devletlere bu Sözleşmenin hayata geçirilmesi ve gerekli korumanın sağlanması, ihlallerin önlenmesi ve verilerin korunması hususunda, mevzuat ve uygulamayı geliştirmek için işbirliği ve karşılıklı yardım yükümlülüğünü getirmektedir.⁷⁹

2. 95/46/CE sayılı Kişisel Verilerin İşlenmesinde Gerçek Kişilerin Korunması Yönergesi

24 Ekim 1995 tarihinde Avrupa Parlamentosu ve Konsey, Kişisel Verilerin İşlenmesinde Gerçek Kişilerin Korunması Yönergesini yürürlüğe koymuştur. Söz konusu Yönerge'nin amacı Avrupa Topluluğu'nda bu konuda saydam ve süreklilik arz eden hukuki bir çerçeve oluşturarak kişisel verilerin serbest trafiğini temin etmek şeklinde özetlenebilir. Nitekim, bu amaç altında bilgi toplumunun ve hizmet sektörünün gelişimini kolaylaştıracak ve aynı zamanda kişisel verilerin işlenmesinde gerçek kişilerin korunması için yüksek bir koruma düzeyi sağlanmış olacaktır.⁸⁰

⁷⁹ <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/108.htm>

⁸⁰ Başalp, s.26-27

Yönerge'nin Giriş Kısmında, hareket noktaları belirtilmektedir. Bunlardan 1 ve 2 no.lu açıklamalarda, Verilerin İşleme Tabi Tutulması Sisteminin insanın hizmetinde olduğu, bu sistemin gerçek kişilerin tabiiyetleri ve ikametgahları dikkate alınmaksızın temel hak ve özgürlüklerinin, özellikle de özel yaşamlarının korunması ve ekonomik, sosyal gelişmelere, ticaretin gelişimine ve insanın huzuruna hizmet ettiği belirtilmiştir.

Aynı giriş bölümünün 3 ve 5 numaralı açıklamalarında, Avrupa Birliğine üye devletler arasında ürünlerin ve eşyanın serbestçe yayılması için kişisel verilerin de iletileceği ve fakat burada bireyin temel haklarına riayet edilmesi gerektiği; verilerin bilgilenme teknikleri ile değişimi ve yayılmasının çeşitli ticari alanlarda söz konusu olacağı, ancak kişisel verilerin sınır aşan ihlallerden de korunması gerektiği, bir taraftan serbest piyasa ekonomisini ve ticaretini güvenli ve sağlıklı hale getirmek için bu verilerin değişimi ve bunlara ulaşımı gerekli olmakta ve diğer yandan ise bu verilerin suiistimalinin önlenmesi gerektiği ortaya konulmuştur.

Yönerge'nin giriş bölümündeki devam eden açıklamalarda, kişisel ve özellikle de özel yaşama ilişkin verilerin korunması gerektiği, bu korumanın 28 Ocak 1981 tarihli Avrupa Konseyi Sözleşmesi hükümleri çerçevesinde yapılacağı, koruma ilkelerinin kişisel verilerle ilgili tüm işlemlerde uygulanması gerektiği, bireylere ilişkin tüm kişisel veriler açısından koruma ilkelerinin uygulanması gerektiği, otomatik biçimde işlenen ya da otomatik biçimde işlenmeyen kişisel verilerin korunmasının gerektiği, bu korumada gerekli tekniğin kullanılmaması durumunda ciddi tehlikelerin ortaya çıkacağı, bu verilerin depolanması, bunlara ulaşılmasının belirli kriterlere uygun yapılması gerektiği, kişisel verilerin işleme tabi tutulmasının ilgili kimsenin güven ve inancına dayalı olması gerektiği ve bu verilerin amacına uygun kullanılması gerektiği açıklanmıştır.

Yönerge'nin devam eden açıklamalarında bu verilerin tarihsel, istatistiki veya bilimsel amaçlarla kullanımında dikkat edilmesi gereken hususlara dikkat çekilmiş, verilerin hukuka uygun elde edilmesi gerektiği, temel haklar ve özel yaşamı ihlal eden verilerin ilgili kimsenin açık rızası olmaksızın işleme tabi tutulamayacağı; acil haller, ciddi sağlık sorunları, mesleki sırlar vs. açısından getirilecek istisnaların açıkça düzenlenmeleri gerektiği, telekomünikasyon hizmetleri veya elektronik posta ile yayılan haberler içinde kişisel verilerin varlığı halinde, eğer ilgili kişi bu veriyi sunmamışsa, ilgili kimse açısından sorumluluğun doğacağı, bu veriyi bizzat sunan kimseler açısından ise yukarıda değinilen kural yanında ilave olarak kişisel verinin hizmetin verilmesi için gerekli olmasının aranacağı belirtilmektedir.

Yönerge'nin 1. maddesi, taraf devletlere, kişisel verilerle ilişkili işlemlerde (toplama, kaydetme, iletme, değiştirme, öğrenme vs.) temel hak ve özgürlükleri, özellikle de özel yaşamı koruma yükümlülüğü yüklemekte (fıkra 1) ve ilk fıkraya uygun olarak tutulmuş kişisel verilerin taraf devletler arasındaki serbest veri trafiğini sınırlandırmamak ve yasaklamamak gerekliliğini hüküm altına almaktadır. (fıkra 2)

Aynı madde, uygulama alanını düzenlemekte, bunun otomatik sisteme tabi tutulan veya tutulmayan veriler için geçerli olduğunu (fıkra 1); ancak Avrupa Birliği Hukukunun uygulanma alanında bulunmayan ve belirli mesleklerin icrası için toplanıp kaydı gerekli olan veriler ile kamu güvenliği, ülke savunması, devlet güvenliği, ekonomik refah ve devletin ceza hukuku alanındaki faaliyetleri, kişisel veya ailevi faaliyetlere ilişkin veriler için uygulanmayacağı açıklanmaktadır. (fıkra 2)

Yönerge'de kişisel veri, belirli veya belirlenebilir bir kişi ile ilgili her türlü veri olarak tanımlanmaktadır. Buna göre, bir kimsenin, bir kimlik numarasına veya fiziksel, fizyolojik, psişik, ekonomik, kültürel veya sosyal kimliğine ilişkin

unsurlardan hareketle belirlenebilmesi halinde kişi belirlenebilir sayılacaktır (madde 2/a)

Yönerge'nin 2/b maddesi içeriğine göre otomatik bir sistem aracılığı olsun ya da olmasın, kişisel verilerle ilgili olarak, bunların elde edilmesi, kaydedilmesi, düzenlenmesi, korunması, uyarlanması veya değiştirilmesi, çıkarılması, bunlara başvurulması, kullanılması, iletilmesi, yayılması, herhangi bir yolla yararlanma sunulması, birleştirilmesi, gizlenmesi, silinmesi kişisel verilerin işlenmesi anlamını taşımaktadır.

Merkezi veya merkezi olmayan yahut işlevsel veya coğrafî bakımdan bölünmüş ve belirli koşullara uyulması durumunda kendilerine ulaşılabilen kişisel verilerin bir sistem içine konulması durumunda "fişleme" ortaya çıkmaktadır. (madde 2/c)

Yönerge'nin 7. maddesi önemlidir. Bu maddede, kişisel verilerin işlenmesinin meşruluğu ile ilgili kriterler verilmektedir. Buna göre, aşağıdaki hallerden birinin varlığı halinde işleme meşru kabul edilecektir:

- İlgili kişinin kesin bir rızasının varlığı,
- İlgili kişinin taraf olduğu bir sözleşmenin uygulanması bakımından gerekli olması,
- Verileri tutan birimin tabi olduğu yasal bir yükümlülüğün gereği olması,
- İlgili kişinin yaşamsal bir çıkarını koruma bakımından gerekli olması,
- Kamu yararı ile ilgili bir görev bakımından gerekli olması.

8. maddenin 1.fikrasına göre kişinin ırki kökenine, siyasi görüşlerine, dini veya felsefi inançlarına, sendikal üyeliğine, sağlığına veya cinsel hayatına ilişkin kişisel nitelikteki veriler özel veri olarak kabul edilmekte ve gösterilen bir takım istisnalar dışında bu tür verilerin işlenmesi yasaklanmaktadır.

Yönerge'nin IV. Kısmı (m. 10 ve 11) ilgili kimsenin bilgilendirilmesini (bu yöndeki yükümlülüğü) ve V. Kısmı (m. 12) ilgili kimsenin bilgi edinme hakkını, VI. Kısmı (m.13) İstisna ve Sınırlandırmaları, VII. Kısmı (m. 14 ve 15) ilgili kimsenin itiraz hakkını, VIII. Kısmı (m. 16 ve 17) verilerin işleme tabi tutulmasının güvenliği ile güvenilirliğini ve bunun için yapılması gerekenleri, IX. Kısmı (m. 18-21) kontrol için başvuruyu, IV. Bölümün 25-26. maddeleri kişisel verilerin üçüncü ülkelere bildirimini ve VI. Bölümün 28-30. maddeleri kişisel verilerin işleme tabi tutulmasında bireylerin korunması için gerekli kurum ve veri koruma guruplarını düzenlemektedir.

Bu açıdan Yönerge'nin III. Bölümünde, kişisel veri dolayısıyla hakkı ihlal edilen her bireyin hakkını arayabileceği hukuki yolların taraf devletçe düzenlenmesi gerektiği (madde 22); kişisel verilerin Yönerge hükümlerine göre yanlış tutulmasından doğan talep hakkının sorumluluk ve sorumsuzluk koşullarının düzenlenmesi zorunluluğu (madde 23) açıklanmaktadır.⁸¹

3. İsviçre Verilerin Korunması Hakkında Kanun

1992 tarihli İsviçre Verilerin Korunması Hakkında Kanun'un hazırlanmasında da 108 Sayılı Sözleşme sistematığı izlenmiş olup, kanun içeriği tamamen 108 Sayılı Sözleşme ile uyumludur. Aynı şekilde, 14 Haziran 1993 tarihli Veri Korunması Hakkında Yönetmelik de aynı içeriğe uygundur.⁸²

⁸¹http://eurlex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=EN&numdoc=31995L0046&model=guichett

⁸² Epiney Astrid – Freiermuth Marianne, Datenschutz in der Schweiz und in Europa, Universitat Freiburg Schweiz, 1999, s. 36-37

İsviçre Kişisel Verilerin Korunması Kanunu 39 maddeden ibaret olup, Kanun'un 3. maddesinde kişisel veri, kimliği belirli olan belirlenebilen kişiler ile ilgili her türlü bilgi olarak tanımlanmıştır.

Kanun'un 34/1. maddesi, bu Kanunun kişisel verilerin saklanması ve korunması ile belirli bir faaliyet çerçevesinde ilgilenen kişilerin yükümlülüklerini kasten yanlış veya eksik bilgi vererek ihlal etmeleri durumunda hapis veya idari para cezası ile cezalandırılacaklarını düzenlemektedir. Maddenin 2. fıkrasının a bendine göre, kanuna aykırı olarak veri toplayan veya yanlış verdi veren şahıslar, hapis veya idari para cezası ile cezalandırılacaktır.

Kanun'un 35. maddesine göre, her kim kasten gizli veya mesleğin icrasında edinilen kişi özelliklerini yetkisi olmaksızın ifşa ederse, şikayet üzerine hapis veya idari para cezası ile cezalandırılacaktır (f:1).

Bu suçu gerçek veya tüzel kişiler işleyebilmektedir.

İsviçre mevzuatında kişisel veri kavramının yanı sıra “özellikle korunmaya muhtaç kişisel veri” kavramı ortaya konulmuştur. Özellikle korunmaya muhtaç kişisel veriden, dinsel, dünya görüşü, politik veya sendikal bakış açıları veya faaliyetler, sağlık, gizli-özel yaşam, irki menşe, sosyal yardım önlemleri, idari veya ceza hukuku soruşturmaları ve yaptırımlar hakkındaki veriler anlaşılmalıdır.⁸³

4. Alman Veri Korunması Kanunu

Alman hukukunda veri koruması ile ilgili çalışmalar 1970'li yıllara dek uzanmaktadır. Alman Veri Korunması Kanunu kişilik haklarına ilişkin özel bir kanun olarak gelişmiş ve yalnız özel normlara bağlı kalınmayarak insan onurunun korunması ve özgür kişilik kavramları çerçevesinde ele alınmıştır. Alman Veri

⁸³ Epiney – Freiermuth, s.37-43

Korunması Kanunu'nun hazırlanmasında 108 Sayılı Sözleşme baz alınmış, zaman içerisinde uygulamadaki gelişmeler doğrultusunda Avrupa Birliği'nin 95/46/EC Direktifi, Kanunun güncellenmesinde dikkate alınmıştır.⁸⁴ 2001 senesinde yenilenen Kanun konuya olan pratik yaklaşımıyla da birçok boşluğu doldurmuştur. Almanya'da konuyla ilgili son değişiklik ise 2003 tarihinde yapılmıştır. Revize edilen Kanun bazı cezai düzenlemelerin değiştirilmesi (arttırılması), data işlenmesinde veri sahibinin bilgilendirilmesi ödevinin detaylandırılması gibi yenilikleri ihtiva etmekte olup, tüketici, işveren ve işletmeler için özellikle daha sıkı özen yükümleri getirmiştir. Alman Hukukunda veri koruması her geçen gün daha büyük bir önem kazanmakta ve daha sıkı düzenlemelere tabi tutulmaktadır.⁸⁵

Alman Veri Korunması Kanunu'nda kişisel veri kavramı, temel ilkeleri, bilgilerin elde edilmesi, muhafazası, depolanması, ilgili teknikler, hukuksal dayanaklar, kamusal olan ve olmayan alan ile rekabet hukukuna ilişkin hükümler, görevli-yetkili kimseler, ilgili kimsenin hakları, gözetim/denetim makamları ve verilerin kullanımı gibi birçok hususta ayrıntılı hüküm içermektedir.⁸⁶

Kanun'un 43. maddesi, idari para cezasını gerektiren eylemlere ilişkin hükümler içermektedir. Maddenin ilk iki fıkrası ve bentlerinde Kanun'un diğer maddelerindeki düzenlemelere atıf yapılarak, kanuna aykırı eylemler tanımlanmakta ve 3. fıkrada ise uygulanacak idari para cezası miktarları düzenlenmektedir. Bu eylemler gerek kasten gerek taksirle gerçekleştirilmekte ve alt ve üst sınırları belirtilen idari para cezası ile cezalandırılmaktadır.

⁸⁴ Tinnefeld Marie Therese - Ehman Eugen, Einführung in das Datenschutzrecht, 3. Auflage, R. Oldenbourg Verlag, 1998, s.43-45

⁸⁵http://www.bfdi.bund.de/cln_111/SharedDocs/Publikationen/GesetzeVerordnungen/BDSG.html?nn=408916

⁸⁶ Tinnefeld – Ehman, s. 153,155

İlk fıkrada kasten veya taksirle, verilerin olması gerektiği biçimde korunmaması, kişisel verilerden yararlanılması veya başkasına sağlanması, kodlamanın gerektiği biçimde yapılmaması, kişisel verilerin elektronik veya basılmış adres, telefon numarası veya bunlara benzer şeylerin kaydedilmesi, ilgili kimsenin olması gerektiği gibi bilgilendirilmemesi, verinin aktarımı, bilginin gerektiği biçimde iletilmemesi veya bir önlem alınmaması kanuna aykırılık olarak belirtilmektedir.

İkinci fıkrada, kasten veya taksirle, gizli kişisel verilerin yetki olmaksızın elde edilmesi, ortadan kaldırılması veya yayılması yetkisiz biçimde otomatikçe bağlanmış bir aracın hizmetine sunulması, yetkisiz biçimde temin edilmesi, kendisinin veya başkasının otomatikçe bağlanması veya bağlanmamış verilerin yok edilmesi, bunların gerçek olmayan bilgilerle elde edilmesi, başka amaçlar için kullanılması birer hukuka aykırı eylem olarak düzenlenmiştir.

Alman Veri Korunması Kanunu'nun 44. maddesi, ceza hukukuna ilişkin hükümler içermektedir. Maddenin ilk fıkrasında, yukarıda içeriğini özetlediğimiz 43/2. maddedeki davranış modellerinin para karşılığında kasten gerçekleştirilmesi veya failin bizzat kendisi veya başkası yararına haksız kazanç elde etmek veya başka birisine zarar vermek amacıyla gerçekleştirilmesi hali düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre, bu fıkradaki eylemleri gerçekleştiren iki yıla kadar özgürlüğü bağlayıcı ceza veya para cezasına mahkum edilecektir.

Maddenin ikinci fıkrasına göre, eylemin takibi şikayete bağlıdır. Şikayete hakkı olanlar, ilgili kimse, sorumlu konumda olan görevli, verilerin korunması ve bilgilendirme özgürlüğü adına şikayete hakkı olanlar yetkili makamlardır.⁸⁷

⁸⁷ <http://www.bfdi.bund.de/cae/servlet/contentblob/409518/publicationFile/25234/BDSG.pdf>

5. Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı

Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı'nın "Genel Gerekçesi"nde, kişisel verilerin korunması konusunun somut olarak ilk defa İktisadi İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı (OECD) tarafından 1980 yılında ele alındığı ve OECD tarafından kabul edilen, birbirini tamamlayıcı nitelikteki rehber ilkelerin Tasarıda da dikkate alındığı ifade edilmiştir.⁸⁸ Bu ilkeler aynen şu şekildedir;

1-Kişisel veri toplanması ve işlenmesinin sınırlı olması ve ilkelere bağlılığı: Bu ilke ile kişisel verilerin toplanması ve işlenmesinin sınırları olması ve verilerin hukuka uygun, meşru yollarla ve mümkün olduğunca veri konusu kişinin bilgisi veya rızası ile elde edilmesinin gerekliliği vurgulanmıştır. Tasarı ile kişisel verilerin, toplanması ve işlenmesi konusunda belirtilen ilkelere uyulmuştur.

2-Kişisel veride kalite ilkesi: Bu ilke ile kişisel verilerin işlenmesiyle ilgili gerekli nitelikler vurgulanmaktadır. Buna göre, kişisel verilerin güncel tutulması, tam ve doğru olması, kullanılacağı amaçla bağlantılı ve bu amacın gerekleriyle sınırlı olması şartlarına işaret edilmektedir. Tasarının kişisel verilerin işlenmesine ilişkin ilkelerin belirlendiği 5. maddesi kapsamlı düzenleme tarzı ile aranan şartları karşılamıştır.

3-Kişisel veri toplama ve işlenmesinde amacın belirginliği ilkesi: Kişisel verilerin toplanmasından önce, bu verilerin toplanmasının amaçlarının belli olması, sonraki kullanımların da bu amaçlarla sınırlı tutulması gereğine değinilmektedir. Toplanma amacının değişebileceği her durumda da, söz konusu değişen amaçların aynı şekilde belirgin olması gerektiği belirtilmektedir.

⁸⁸ <http://www.kgm.adalet.gov.tr/tbmmkom/kisiselveriler.pdf>

4-Amaca uygun kullanım ilkesi: Yukarıda sözü geçen ilke ile doğrudan bağlantılı olan bu ilke gereğince; veri konusu kişinin rızası veya kanunun yetki verdiği haller hariç olmak üzere, kişisel verilerin toplandığı ve işlendiği amaçlar dışında kullanılmaması, elde edilebilir hale getirilmemesi veya açıklanmaması öngörülmektedir.

5-Kişisel verilerin korunması için gereken tedbirlerin alınması ilkesi: Bu ilke ile kişisel verilerin, yetkisiz olarak erişilmesi, imhası, kullanılması, değiştirilmesi veya açıklanması ya da kaybolması gibi risklere karşı uygun güvenlik tedbirleriyle korunması gerektiğine dikkat çekilmektedir. Tasarının 15. maddesi ile kişisel verilerin işlenmesinin güvenliği bakımından tedbir alınması yükümlülüğü getirilmiştir.

6-Açıklık ilkesi: Kişisel verilerle ilgili olarak yürütülen politikalar ile uygulamalar ve gelişmeler hakkında genel bir açıklık politikası bulunması gereği vurgulanmaktadır. Tasarının 11. maddesinde düzenlenen veri konusu kişilerin bilgilendirilmesi ve 12. maddedeki veri konusu kişinin bilgiye erişim hakkının yanı sıra, 16. maddesinde, kurum tarafından tutulacak Kurum Sicili düzenlenmektedir. Bu Sicile tescil edilecek konular ayrıntılı düzenlenmiş olup, sicilin kamuya açık olduğu hükmü getirilmiştir. 95/46/AT sayılı Avrupa Topluluğu Direktifi'nin 28. maddesinin ikinci fıkrasında da buna paralel bir düzenleme bulunmaktadır.

7-Kişisel veri konusu kişinin bireysel katılımı ilkesi: Kişinin, veri kütüğü sahibinden, onunla ilgili veri olup olmadığına dair bilgi edinmeye; anlayabileceği bir şekilde, makul yollarla, tatbik ediliyorsa aşırı olmayan bir ücretle, makul süre için kendisine ilişkin veriler konusunda bilgilendirilmeye; bilgi edinme ve bilgilendirilme talepleri reddedilirse sebeplerini öğrenmeye, bu gibi reddedilmelere karşı itiraz veya kanun yollarına başvurabilmeye; kendisine ilişkin verilere itiraz edebilme ve haklı

itirazı halinde bu verileri sildirmeye, düzeltmeye, eksik ise tamamlatmaya ve değiştirmeye hakkı olması gerektiği vurgulanmaktadır.

8-Sorumlu tutulabilirlik ilkesi: Buna göre veri kütüğü sahibinin, yukarıda belirtilen prensiplere uyulması için getirilen tedbir ve yaptırımlara uymasını temin edecek şekilde sorumlu tutulması sağlanmalıdır. Tasarının, “Kişisel verilerin işlenmesine ilişkin ilkeler” başlığını taşıyan 4. maddesinden başlamak üzere muhtelif bazı maddelerinde, veri kütüğü sahipleri, getirilen prensiplere uymakla yükümlü tutulmuştur. Bu yükümlülüklerini yerine getirmeyen veri kütüğü sahipleri idarî, hukuki ve cezai yaptırımlara tabi olacaktır.

Tasarıyla; kişisel nitelikteki verilerin tanımının yapılması, esas ve unsurlarının belirlenmesi ve korunması amacıyla idari bir yapının oluşturulması ile bireylerin şahsiyet haklarının himayesine ilişkin düzenlemeler getirilmesi amaçlanmaktadır.

Tasarıda özet olarak; kişisel verilerin bilimsel araştırma, istatistik ve planlama gibi kamuya yönelik amaçlarla işlenebileceği, ancak işleme tabi tutulan veriler ve elde edilen sonuçların kişinin tanınmasına yol açmayacak şekilde 3. kişilere aktarılabilmesi ve yayımlanabileceği, hakkında veri toplanan kişi ile bunları işleyen özel sektöre mensup kişiler arasında uyuşmazlık çıktığı takdirde çözüm yerinin bu tasarı ile kurulması öngörülmüş olan “Kişisel Verileri Koruma Kurumu” (Kurum, Kişisel Verileri Koruma Kurulu ile Kişisel Verileri Koruma Kurumu Başkanlığından oluşacaktır. Kurum ile ilgili düzenlemeler, kuruluş, görev ve yetkileri, hizmet birimleri, bütçesi, şikayet ve inceleme usulü Tasarının 26-33. maddeleri arasında yer almaktadır.) olacağı ifade edilmiştir.

Tasarının 32. maddesine göre, işbu kanunun uygulanmasından kaynaklanan şikayetler dilekçeyle şikayet konusu işlemin yapıldığı veya öğrenildiği tarihten itibaren altmış gün içinde Kuruma yapılır. Kurul şikayeti üç ay içinde inceler.

Ancak hukuki veya fiili sebeplerle bu süre içerisinde incelemenin sonuçlandırılmaması halinde süre, bir defaya mahsus olmak üzere üç ay daha uzatılabilir.

Yine Tasarının “kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesi” başlıklı 34. maddesinde, 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu’nun 135. ve devamı maddelerine paralel olarak ceza hükümleri öngörülmüştür. Tasarının 36. maddesinde, daha önceki maddelerde tarif edilen suçların tüzel kişiler tarafından işlenmesi halinde, tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanması; 37. maddede ise Kurul tarafından idari para cezaları verilmesi düzenlenmiştir.

C- Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk (Malpraktis) Kanun Tasarısı

Malpraktis Kanun Tasarısının⁸⁹ amacı, sağlık personelinin koruyucu, teşhis, tedavi ve rehabilite edici standart tıbbi uygulamayı yapmaması, mesleki bilgi ve beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan zararlar ile ilgili sorumluluğa ilişkin usul ve esaslar ile bu zararları önleyici ve sağlık hizmetlerini geliştirici mekanizmaları düzenlemektir. (m.1)

Bu Tasarı, kamuya ve özel hukuk gerçek veya tüzel kişilerine ait ve her ne ad altında olursa olsun hastalıktan korunma, tıbbi teşhis, tedavi ve müdahale ile bu maksatlara yönelik yardımcı faaliyetlerde bulunulan yerlerde, fiili olarak çalışan hekim, diş hekimi, biyolog, eczacı, psikolog, veteriner hekim, fizyoterapist, diyetisyen, sağlık memuru, laboratuvar teknisyeni, röntgen teknisyeni, diş teknisyeni, hemşire, ebe, çocuk gelişimci, protezci, optisyen ve diğer sağlık personelinin tıbbi amaçlı müdahale ve uygulamaları ile bu işlemlerden doğabilecek hukuki ve cezai sorumluluğu kapsamaktadır. (m.2)

⁸⁹ <http://www.istanbul112.com/makale1.htm>

Tasarımın, “tıbbi kayıtlar, bilgiler ve sırlar” başlıklı 10. maddesi aynen şu şekildedir;

“Hasta ile ilgili tıbbi kayıtlar ilgili sağlık personelinin sorumluluğu altındadır. Sağlık personeli, tıbbi hizmeti bir sağlık kurum ve kuruluşundan veriyorsa bu kayıtların muhafaza sorumluluğu hizmeti verdiği sağlık kurum ve kuruluşuna aittir. Tanı, tetkik ve laboratuvar neticeleri, yetkili personel tarafından imzalanarak hastaya bir sureti verilir ve ilgili kayıt defterine ve varsa hasta dosyasına işlenir.

Tanı, tetkik ve laboratuvar neticeleri üzerinde değişiklik yapılamaz.

Sağlık personeli ile hasta arasındaki mesleki ilişkiden doğan bilgiler gizlidir. Hastanın yazılı izni dışında, tıbbi hizmetlerin verilmesi sırasında öğrenilen sırlar ile hastanın kimliği, tıbbi amaçlı olsun veya olmasın toplantı ve yayınlarda açıklanamaz. Hasta ile ilgili tıbbi kayıtlar, test sonuçları, hatırlanan konuşmalar, olaylar ve tedavisi ile ilgili bütün bilgi ve belgeler hastanın yazılı izni olmadan açığa vurulamaz. Adli vakalar ve bildirim zorunlu hastalıkların yetkili makamlara bildirilmesi gizliliğin ihlali sayılmaz.

Hasta veya kanuni temsilcisi, tıbbi kayıtların birer suretini veya sureti çıkarılması mümkün olmayan fotografik belgelerin raporlarını alabilir. Kanuni zorunluluk olmadıkça, elektronik ortamdakiler dahil tıbbi kayıt bilgileri başkasına verilemez. Bu bilgilerin yetkisiz kişiler tarafından izlenmemesi, ulaşılmaması ve kullanılmaması için gerekli tedbirlerin alınması zorunludur.

Tıbbi kayıtlar, test sonuçları, mektuplar, filmler ve hastanın teşhis ve tedavisi ile ilgili diğer bütün bilgiler, tedavinin sonlanmasından itibaren imkanlar ölçüsünde elektronik ortamda, mümkün olmaz ise asılları dosyalanmak suretiyle yirmi yıl süre ile muhafaza edilir.”

Tasarının “bilimsel yayın yapma” başlıklı 11. maddesine göre ise sağlık personeli, hastası ile ilgili bilimsel yayın yapabilmek için, hastayı bilgilendirilerek yazılı iznini alır. Tıbbi kayıtlar, hastanın kimlik bilgileri hiçbir surette anlaşılamayacak şekilde bilimsel araştırmalarda kullanılabilir.

Yine Tasarının “hasta üzerinde araştırma yapma” başlıklı 13. maddesinde, bilimsel bilgi birikimine katkıda bulunabilmek ve tıbbi hizmetlerin iyileştirilmesini sağlamak amacıyla hasta üzerinde yapılacak bilimsel araştırmaların, ancak hastanın bilgilendirerek yazılı rızasının ve Bakanlıktan izin alınması şartıyla yapılabileceği; yapılan araştırmaların, sadece alınacak izinde belirtilen ve bilimsel ve mesleki yönden yeterli kişiler tarafından yürütüleceği; mevcut durumun değerlendirilmesi ile istatistiki bilgi toplama amacına yönelik olarak ve standart teşhis ve tedavi metodları uygulanarak yürütölen çalışmaların bu madde kapsamında olmadığı, bilimsel çalışma için Bakanlıktan izin belgesi alınması gerektiği ve bilimsel araştırma yapma esas ve usullerinin Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelikle belirleneceği ifade edilmiştir.

Tasarının “sırların ve kimliğin ifşası” başlıklı 39. maddesinde, yukarıda belirttiğimiz 10. maddedeki “sır saklama yükümlölüğüne” veya 11. maddedeki “hastanın kimliğinin anlaşılmanması” prensibine aykırı hareket edenlere, altı aydan üç yıla kadar hapis ve bir milyar liradan beş milyar liraya kadar ağır para cezası verileceği; sırrın açıklanmasının basın-yayın araçları yoluyla yapılması halinde ise cezanın üçte iki oranında artırılacağı düzenlenmiştir.

Tasarının 40. maddesinde ise, 10. maddede düzenlenen hasta ile ilgili bilgi ve tıbbi kayıtları saklama yükümlölüğüne uymayanlar ile bu fiillerin vuku bulduğu kurum ve kuruluşların sorumlularına veya yöneticilerine bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş milyar liradan on milyar liraya kadar ağır para cezası verileceği belirtilmiştir.

Bu çerçevede şu hususu da önemle arz etmek gerekir ki; Dünya Tıp Birliği sağlık alanında bilgisayarın ve elektronik bilgi işlem merkezlerinin kullanılmasında kaydedilen aşamaları göz önünde bulundurarak “Bilgisayarın Tıpta Kullanılışına İlişkin Duyuru” başlığı ile bir duyuru yayınlamıştır. Bu duyurunun 2. maddesinde;

“Yürütülen bir bilimsel araştırma, idari denetleme, mali denetleme ya da benzeri bir çalışma için, hastalara ait ve gizli kalması gereken bilgiler verildiğinde ya da aktarıldığında, verilen bilgi doğrudan ya da dolaylı olarak kimlik içermedikçe, söz konusu araştırma, denetleme, değerlendirmenin raporuyla ya da başka herhangi bir yolla, herhangi bir hastanın kimliği açığa vurulmadıkça, bu durum gizlilikten ayrılma anlamına gelmez.”

hükmü yer almaktadır.⁹⁰

D- Kimlik Paylaşımı Sistemi Yönetmeliği

25.04.2006 tarihli 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu’na dayanılarak hazırlanan ve Kimlik Paylaşımı Sistemi veri tabanındaki bilgilerin alıcı kurum ve diğer kişilerce elektronik ortamda paylaşılmasını düzenleyen Kimlik Paylaşımı Sistemi Yönetmeliği’nde⁹¹ sistemin işletilmesinde kanunlarda ve uluslararası sözleşmelerde yer alan özel hayatın gizliliğine ilişkin hükümlerin esas alınacağı açıkça ifade edilmiştir. (m. 6)

⁹⁰ Sert, 185

⁹¹ 08.12.2006 tarih, 26370 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmıştır.

VI. Hasta Bilgilerinin Gizliliği Prensibinin İhlalinin Sonuçları

A- Ceza Hukuku Yönünden

Modern ceza hukukunda, hekimin tıp mesleğini ifa etmesi ve çeşitli faaliyetleri, hekim ile ilgili çeşitli suçlar, genellikle sağlık kanunlarında düzenlenmesine rağmen, bazı ceza kanunlarında da sorumlulukla ilgili ilke niteliğini taşıyan kurallar bulunmakla birlikte, mahiyetleri icabı hekimler tarafından daha kolaylıkla işlenilebilen ya da insan sağlığı ile ilgili yakından ilgili bazı suçlar karşısında hekimin durumu çeşitli ülkelerin ceza kanunlarında ayrıca düzenlenmektedir.⁹²

Bu çerçevede, yukarıda da belirttiğimiz üzere, hekimlik gibi kişinin yaşama alanına giren mesleklerde kişinin gizli, özel sırları ile kişi hakkında edinilen bilgilerin meslek sırrı olarak saklanması zorunluluğu olduğu, aksi takdirde sır sahibinin kişilik haklarına saldırı olacağından hekimin hukuki sorumluluğunun yanı sıra cezai sorumluluğu da olacaktır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda hekimlerin konumuzla ilgili cezai sorumluluğu olabilecek belli başlı maddelere göz atmak gerekirse;

1. Özel Hayatın Gizliliğini İhlal

Madde 134 – (1) Kişilerin özel hayatının gizliliğini ihlâl eden kimse, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adlî para cezası ile cezalandırılır. Gizliliğin görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle ihlâl edilmesi halinde, cezanın alt sınırı bir yıldan az olamaz.

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

⁹² Bayraktar Köksal, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul-1972, s.56

Maddenin gerekçesinde, bu hüküm ile gizli yaşam alanına girerek veya başka suretle başkaları tarafından görülmesi mümkün olmayan bir özel yaşam olayının saptanması ve kaydedilmesinin cezalandırılmasının amaçlandığı ifade edilmiştir.⁹³

“Özel hayatı ihlal etmek” kişinin kendine özgü yaşayışı, yaşam tarzı, kendisini ilgilendiren tutum ve davranışlarını bozmak, sakatlamak ve zarara uğratmaktır. Örneğin, bir kimsenin evinin gizlice gözetlenmesi bu suçu oluşturacaktır.⁹⁴

Maddede tanımlanan suçlarla korunmak istenilen hukuksal yarar, kişilerin özel hayatının gizliliğinin sağlanmasıdır. Özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı, bireyin kişiliğini geliştirmek ve manevi değerlerine güvence sağlamak için başkaları tarafından bilinmesini istemediği hususların oluşturduğu ve korunması hukuken gerekli görülen hayat alanı üzerindeki temel bir şahsiyet hakkıdır.⁹⁵ Özel hayatın korunmasına yönelik uluslararası düzenlemelere 10.12.1948 tarihli BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (m.12), 04.11.1948 tarihli Avrupa İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşme (m.8), 16.11.1966 tarihli Medeni ve Siyasal İlişkin Milletlerarası Sözleşme (m.17), BM’in 1989 tarihli Çocuk Haklarına Dair Sözleşmesi (m.11), Avrupa Konseyi’nin 1993 tarihli Avrupa Sınır Ötesi Televizyon Sözleşmesi (m.7) örnek olarak verilebilir. Bu düzenlemelerle özel hayatın gizliliği, korunması gereken insan hak ve hürriyetlerinin kapsamına dahil edilmiştir.⁹⁶

⁹³ Meran Necati, Gerekçeli-Karşılaştırmalı 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, Seçkin Yayıncılık, Ankara - 2004, s.655

⁹⁴ Arslan Çetin – Azizağaoğlu Bahattin, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Asil Yayıncılık, Ankara – 2004, s. 605

⁹⁵ Parlar Ali – Hatipoğlu Muzaffer, Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.2, Seçkin Yayıncılık, Ankara – 2008, s. 2036

⁹⁶ Özbek Veli Özer, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, C.2, Seçkin Yayıncılık, Ankara – 2008, s. 941; Parlar – Hatipoğlu, s. 2036

Maddede gizli yaşam alanına girilerek veya başka şekillerde (uzaktan izleme, görüntüleme gibi) başkaları tarafından görülmesi mümkün olmayan bir özel yaşam olayının saptanması ve kaydedilmesi suç olarak tanımlanmıştır. Bu şekilde görüntü ve ses kaydı ile özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesi ağırlaştırıcı neden olarak benimsenmiştir. Kişinin özel alanlarında geçen, başkalarının görmesini ve bilmesini istemediği, onlardan sakladığı ilişkilerinin ve faaliyetlerinin izinsiz görüntülenmesi ve ikinci fıkraya göre de ifşa edilmesi ayrı ayrı suçlardır. Yine bu alanına girilmesi ve rahatsız edilmesi de bu suç kapsamındadır. Birey bu alanlarda izlenmeye maruz kalmadan, huzur ve sükunu bozulmadan yaşama hakkına sahiptir.⁹⁷

Maddenin birinci fıkrasındaki suçun oluşması için, failin başka bir kişinin yaşam alanına girerek veya başka suretle başkaları tarafından görülmesi mümkün olmayan bir özel yaşam olayını saptaması ve kaydetmesi gerekir. Özel yaşamın gizliliğine müdahale oluşturan her türlü davranış bu suçu oluşturur. İkinci fıkradaki suçun maddi unsuru ise kişinin özel hayatına ilişkin görüntü veya seslerin ifşa edilmesidir. İfşa, açık veya örtülü, yazılı veya sözlü olabilir. Ancak, özel hayatın gizliliğini ihlal eden görüntü veya seslerin ifşa edildiğinden söz edilebilmesi için, yalnızca ses veya görüntülerin değil bunun ilgili olduğu kişi veya kişilerin de açıklaması gerekir. Ses veya görüntülerin bir kişiye açıklanması dahi yeterdir.⁹⁸

Bu açıklamalar çerçevesinde, bir hekimin meslek icabı öğrendiği bir sırrın gizliliğini bozmaması gerekmektedir. Eğer, hekim sırrın gizliliğini saklamayıp da hukuka uygun bir neden olmaksızın başkalarına bildirecek olursa, özel hayatın gizliliğini ihlal etmiş olur. Örneğin, hekimine eşcinsel olduğunu söyleyen hasta tarafından verilen bu sırrın hekim tarafından saklanması gerekmektedir. Meslek icabı öğrenilen bu sır başkalarına aktarıldığında, mağdurun onur, şeref ve

⁹⁷ Malkoç İsmail, Açıklamalı İçtihatlı 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, C.1, Malkoç Kitapevi, Ankara – 2007, s. 909,910

⁹⁸ Parlar - Hatipoğlu, s. 2038

saygılığının rencide edilip edilmediğine bakılmaksızın özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiği sonucuna varılacaktır.⁹⁹

Ancak, sırrın açıklanmasına mağdurun rıza gösterdiği takdirde, YTCK'nin 26/2. maddesinde düzenlenen “mağdurun rızası” adlı hukuka uygunluk sebebi gündeme gelebilecektir. Rıza, bir izin beyanıdır, başka bir ifade ile belirli bir konuda hukuka aykırı davranışa yetki verilmesidir. Mağdur, rıza göstermesi ile birlikte, açık olarak belirli bir eylemin işlenebileceğine izin vermiş sayılacaktır. Bu nedenle, failin rıza beyanı sınırları içerisinde hareket etmesi koşulu ile fiil suç teşkil etmeyecektir. Ayrıca, belirtmek gerekir ki; rıza beyanının açık olması şart olmayıp, beyan zımni de olabilir.¹⁰⁰

“Mağdurun rızası”nın hukuka aykırılığı kaldırabilmesi için, rıza beyanında bulunacak kişinin bu beyanı vermeye yetkili olması gerekmektedir. Ayrıca, rıza beyanının geçerli olabilmesi, rızanın konusunun mağdur yönünden tasarruf edilebilir nitelikte olmasına bağlıdır.¹⁰¹

Bunun dışında örneğin; hekimin yaptığı tetkik sırasında veya hastanın beyanıyla yaptığı incelemeden AIDS hastalığının bulunduğu sonucuna ulaşırsa, esas itibariyle hekim tarafından sır niteliği taşıyan bu hususun başkalarına açıklanmaması gerekir. Ancak, hekimin bir görevinin de söz konusu hastalığın yayılmasını önlemek olduğu düşünüldüğünde, özel hayatın gizliliğini ihlal etmek veya hakaret etmek amacı taşımayacak şekilde hastalığın başkalarına bildirilmesinin suç sayılıp sayılmayacağına tespit edilmesi önemlidir. Örneğin, AIDS hastasının yanına gelen eşine mağdurun hastalığı hakkında bilgi verilmesi durumunda hukuka uygunluk sebebinin varlığından söz etmek gerekir.¹⁰²

⁹⁹ Şen Ersan, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt:I, Vedat Kitapçılık, İstanbul - 2006, s. 592,593

¹⁰⁰ Donay Süheyl, Meslek Sırrının Açıklanması Suçu, İstanbul - 1978, s.134,135

¹⁰¹ Donay, s.136

¹⁰² Şen, s. 593

Ayrıca, şu hususu da belirtmek gerekir ki; TCK'nin 134. maddesinde tanımlanan suçun manevi unsuru bakımından genel kast yeterlidir. Suçun olası kastla işlenmesi de mümkündür. Failin suçu hangi saikle işlediği önem taşımaz. Bu suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir.¹⁰³

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 10. maddesi uyarınca bu suçlar dolayısıyla açılan davalara bakma görevi sulh ceza mahkemesine aittir.

Türk Ceza Kanunu'nun 66/1-e bendi uyarınca, bu suçun zamanaşımı süresi 8 yıldır.

2. Kişisel Verilerin Kaydedilmesi

Madde 135 - (1) Hukuka aykırı olarak kişisel verileri kaydeden kimseye altı aydan üç yıla kadar hapis cezası verilir.

(2) Kişilerin siyasi, felsefi veya dini görüşlerine, ırki kökenlerine; hukuka aykırı olarak ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin bilgileri kişisel veri olarak kaydeden kimse, yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır.

Suçun konusu, kişisel verilerdir. Maddenin gerekçesinde, gerçek kişiyle ilgili her türlü bilginin, kişisel veri olarak kabul edileceği yer almaktadır.¹⁰⁴

Konumuz yönünden, kişisel verileri gerçek kişilere ilişkin, bir hastalık dolayısıyla hekim veya diğer sağlık personeli tarafından edinilen her türlü bilgi olarak tanımlayabiliriz. Hastaya ait olup da, hekim veya diğer sağlık personeline aktarılan veya herhangi bir şekilde bu kişiler tarafından hukuka uygun olarak öğrenilen ve başkaları tarafından duyulmasının istenmeyeceği bilgileri kişisel veri olarak kabul etmek gerekmektedir. Sadece sağlık personeline aktarılan veriler

¹⁰³ Özbek, s. 944, Parlar – Hatipoğlu, s. 2039

¹⁰⁴ Meran, s. 656

değil, kişinin bir hekimi, hastaneyi vs. ziyaret etmesinden kaynaklanan kayıtlar da bu kapsamdadır. Hastalığın türü, hastanın öyküsü, teşhis, tedavi, psikolojik belirtiler, bedeni eksiklikler ve özellikler, hasta dosyası, röntgen filmleri, muayene sonuçları ile kişisel, ailevi, mesleki, ekonomik duruma ilişkin bütün veriler, hastanın kimliği ve adresi dahi kişisel veri olarak değerlendirilmelidir.¹⁰⁵

Maddenin gerekçesinde açıkça, hastanelerde hastalara veya sigorta şirketlerinde sigortalılara ilişkin kayıtların bilgisayar ortamına geçirilip muhafaza edildiği ve bu bilgilerin amaçları dışında kullanılmasından veya herhangi bir şekilde üçüncü kişilerin eline geçerek hukuka aykırı olarak yararlanılmasından dolayı hakkında bilgi toplanan kişilerin büyük zararlara uğrayabileceği ve bu bakımdan da kişilerle ilgili bilgilerin hukuka aykırı olarak kayda alınmasının suç olarak tanımlandığı ifade edilmiştir.¹⁰⁶

Maddenin 1. fıkrasındaki suçun maddi unsuru, hukuka aykırı olarak başkasına ait kişisel verileri kaydetmektir. Kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi suçun oluşması için yeterlidir. Zira, bu fiil, hakkında bilgi toplanan kişiler açısından, bu bilgilerin amaçları dışında kullanılması veya herhangi bir şekilde üçüncü şahısların eline geçerek bunlardan hukuka aykırı olarak yararlanılması ve kişinin bu suretle büyük zararlara uğratılması tehlikesini taşımaktadır. Suçun oluşması için kişinin bu nedenle zarara uğramış olması aranmamaktadır. Kişisel veriler, gerçek kişiler veya kamu ya da özel hukuk tüzel kişiliği sıfatını taşıyan kurum ve kuruluşlar tarafından hukuka aykırı olarak toplanıp kaydedilmiş olabilir. Örneğin, hastanede hastalara, bankalarda ve kredili alışveriş yapılan mağazalarda müşterilere, sigorta şirketlerinde sigortalılara ilişkin kişisel kayıtların hukuka aykırı olarak bilgisayar ortamlarına geçirilerek veya kağıt üzerinde veya başka herhangi bir yöntemle kabul edilmesi söz konusu suç oluşturur.¹⁰⁷

¹⁰⁵ Hakeri, s.475,476

¹⁰⁶ Meran, s. 655,656

¹⁰⁷ Parlar – Hatipoğlu, s. 2044

TCK'nin 135. maddesinin ikinci fıkrasında ise kişilerin cinsel yaşamlarına veya sağlık vb. durumlarına ilişkin bilgileri kayda almak suç olarak tanımlanmıştır. Ancak, gerekçede kişilerin sağlık durumlarına veya cinsel yaşamlarına ilişkin bilgilerin kayda alınmasına kanunlarda özellikle suçlulukla mücadele bağlamında belli ölçüde izin verilebileceği, bu durumlarda söz konusu suçun da oluşmayacağı ifade edilmiştir.¹⁰⁸

Maddenin 2. fıkrasında tanımlanan suçun maddi unsuru, kişilerin siyasi, felsefi veya dini görüşlerine, ırki kökenlerinde; hukuka aykırı olarak ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin bilgilerin kişisel veri olarak kaydedilmesi ile oluşmaktadır.

Suçun oluşması bakımından, 2. fıkrada sayılan hususların tümüne ilişkin bilgilerin değil bunlardan sadece bir veya birkaçının kişisel veri olarak kaydedilmesi yeterlidir. Söz konusu suç tanımında, kişisel verilerin bilgisayar ortamında veya kağıt üzerinde veya başka herhangi bir yöntemle kayda alınması arasında bir ayrım gözetilmemiştir.¹⁰⁹

Maddede, hukuka aykırılıkla ilgili önemli bir belirleme bulunmaktadır. Buna göre, suçun oluşabilmesi için kaydın, hukuka aykırı olarak alınması gerekmektedir. Kişisel verilerin kaydedilmesi için hukuka uygunluk hali mevcut ise suç oluşmayacaktır. Nitekim, maddenin gerekçesinde de, kişinin rızası ile kendisiyle ilgili bilgilerin kayda alınmasının suç oluşturmayacağı ve belirli nitelikteki kişisel verilerin kayda alınmasının kanun hükmünün gereği (kanun hükmünü ifa, TCK'nin 24/1. maddesinde hukuka uygunluk sebebi olarak öngörülmüştür.) olabileceği vurgulanmış; çeşitli kamu kurumlarında verilen kamu hizmetinin gereği olarak kişilerle ilgili bazı bilgilerin ilgili kanun hükümlerine istinaden kayda alındığı, bu durumlarda söz konusu suçun oluşmayacağı

¹⁰⁸ Arslan – Azizağaoğlu, s. 608

¹⁰⁹ Parlar – Hatipoğlu, s. 2046

belirtilmiştir. Örneğin, kişisel veriler, Milli İstihbarat Teşkilatı'nın görevi kapsamında kaydedilmiş ise bu durumda söz konusu suç oluşmaz.¹¹⁰

Bu çerçevede şu hususu önemle belirtmek gerekir ki; Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı'nın 6. maddesinde de hukuka uygunluk sebepleri düzenlenmiştir. Tasarı'nın 6. maddesi aynen şu şekildedir;

“(1) Kişisel veriler ancak ilgili kişinin açık rızasıyla işlenebilir.

(2) Kanunlarda öngörülen yükümlülüklerin yerine getirilmesi dışında, ilgili kişinin bir itirazda bulunması halinde veri işlenemez.

(3) Aşağıdaki hallerde de hukuka uygunluk sebeplerinin bulunduğu kabul edilir:

a) Kanunun öngördüğü bir zorunluluk dolayısıyla, kamu yararına veya resmi olarak verilmiş bir görevin yerine getirilmesi amacıyla veri işlenmesi,

b) Kişisel verilerin, ilgili kişinin rızasını açıklayamayacak durumda olması hâlinde kendisinin veya başkasının hayatını veya beden bütünlüğünü korumak amacıyla işlenmesi,

c) Bir sözleşmenin kurulması ve ifasıyla doğrudan doğruya ilgili olması kaydıyla, sözleşmenin taraflarına ait kişisel verilerin işlenmesi,

ç) İlgili kişiler tarafından açıklanmış olması veya açık sicillerde mevcut bilgiler olması sebebiyle herkesçe bilinen kişisel verilerin işlenmesi,

d) Veri kütüğü sahibinin kendi haklı çıkarları için, ilgili kişinin temel hak ve özgürlükleri ile meşru çıkarlarına zarar vermediği sürece, veri işleminin zorunlu olması.”

Maddede tanımlanan suçların manevi unsuru genel kasttır. Bu suçların taksirle işlenmesi mümkün değildir. Genel kastla işlenebilen suçun kural olarak olası kastla işlenmesi de mümkündür. Bu kişisel verilerin kaydedilmesi suç bakımından da geçerlidir. Olası kast, failin neticeyi öngörmesi ancak meydana

¹¹⁰ Parlar – Hatipoğlu, s. 2044

gelmesi konusunda kayıtsız kalması; meydana gelememesi için çaba sarf etmemesi, neticeyi göze alması olarak anlaşılmalıdır.¹¹¹

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 11. maddesi uyarınca bu suçlar dolayısıyla açılan davalara bakma görevi asliye ceza mahkemesine aittir.

Türk Ceza Kanunu'nun 66/1-e bendi uyarınca, bu suçun dava zamanaşımı süresi 8 yıldır. Nitelikli hallerin uygulanması halinde cezanın üst sınırı 5 yılın altında kaldığından dava zamanaşımı süresi değişmeyecektir.

3. Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme veya Ele Geçirme

Madde 136 - Kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Bu madde hükmüyle hukuka uygun olarak kaydedilmiş olsun veya olmasın, kişisel verileri hukuka aykırı olarak başkalarına vermek, yaymak veya ele geçirmek bağımsız bir suç olarak tanımlanmıştır.¹¹²

Bu suçun maddi unsuru, başkasına ait kişisel verileri hukuka aykırı olarak, bir başkasına vermek veya yaymak veya ele geçirmek biçimindeki seçimlik hareketlerden birisinin işlenmesiyle oluşmaktadır.

Örnek vermek gerekirse, 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nun 7. maddesinde “adli sicil bilgileri verebilecek olanlar”, 8. maddesinde ise “adli sicil bilgilerini verebilecek merciiler” açıkça gösterilmiş, 11. maddede “adli sicil ve arşiv bilgilerinin gizli olduğu, bu bilgilerin görevlilerce açıklanamayacağı ve bu kanun

¹¹¹ Özbek, s. 958

¹¹² Meran, s. 656

hükümlerine göre verilen kişi, kurum ve kuruluşlarca veriliş amacı dışında kullanılmayacağı” hükmüne bağlanmıştır. Bu durumda, adli sicil ve arşiv bilgilerini 7. maddeye aykırı olarak, örneğin özel bir kuruluşa veya ilgilinin vekili olamayan kişilere veren görevlinin eylemi, keza bu bilgileri verme yetkisi olamayan bir görevlinin bir başkasına verme eylemi, bu bilgileri veriliş amacı dışında kullanarak yayan kimsenin eylemi veya bu bilgileri başkaca hukuka aykırı bir eylemle (muhafaza edildiği yerden çalmak gibi) ele geçiren kimsenin eylemi TCK’nin 136. maddesinde yer alan suç oluşturur.¹¹³

Kurum ve kuruluşların bilgisayar ortamlarında saklanan kişisel verilerin, örneğin bir hastanenin hastalarına, sigorta şirketinin sigortalılarına, bankaların müşterilerine ilişkin kişisel veri kapsamındaki kayıtların hukuka aykırı olarak bir başkasına verilmesi, yayılması veya ele geçirilmesi hallerinde eylem söz konusu maddeye uyan suç oluşturacaktır. Evlilik, birlikte çalışma gibi nedenlerle ortak elektronik posta kullananlar, birliktelik bittikten sonra verileri izinsiz açıklayamazlar. Örneğin, dindar olup olmadıkları araştırması, ailelerin özgür alanlarına saldırıdır. Kişisel arası yapılan telefon görüşmelerine ait kayıtların, kredi kartlarına dair bilgilerin, ekonomik faaliyetlerin alışveriş, harcama bilgilerinin başkasına verilmesi veya belirli, belirsiz kişilere ulaştırılması da bu madde kapsamında değerlendirilecektir.¹¹⁴

Bu çerçevede belirtmek gerekir ki; Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun Tasarısının “kişisel verilerin üçüncü kişilere aktarılması” başlıklı 8. maddesinden itibaren, kişisel verilerin kimlere ve nasıl aktarılacağı açıkça düzenlenmiştir. Tasarının kanunlaşması halinde, burada belirtilen usullere aykırı olarak kişisel verilerin başkasına verilmesi, yayılması veya ele geçirilmesi suç oluşturacaktır.

¹¹³ Parlar – Hatipoğlu, s. 2049

¹¹⁴ Malkoç, s. 913, Parlar – Hatipoğlu, s. 2049

TCK'nin 136. maddesinde tanımlanan suçların manevi unsuru genel kasttır. Bu suçların taksirle işlenmesi mümkün değildir. Kişisel verilerin kanun hükmü (TCK m. 24/1) veya ilgilinin rızası (TCK m. 26/2) uyarınca başkasına verilmesi söz konusu ise eylem hukuka uygun sayılır.

Bu madde hükmünün, hekimin hizmeti dolayısıyla uygulanmasında, hekimin kişisel verileri (tıbbi tanı ve tetkik sonuçları) gibi hukuka aykırı olarak başka bir kuruma veya kişiye vermesi, yayması veya anlatılan verileri ele geçirmesi eylemleri karşısında verilecek ceza hekim hakkında da uygulanacaktır.¹¹⁵

Bu çerçevede belirtmek gerekir ki; CMK'nin 46/1-b maddesi uyarınca, 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” dolayısıyla tanıklıktan çekinme hakları vardır. Ancak, çekinme sebebi olmasına ve hastanın da tanıklığa ilişkin rızasının bulunmamasına rağmen hekimin tanıklık yapması durumunda hekim, kişisel verileri açıklama suçunu işlemiş olur.¹¹⁶

Tanıklıktan çekinme konusu, meslek sırrının sağlanmasında önemli bir yer teşkil etmektedir. Tanıklıktan çekinme ile meslek sahibinin mesleğini yürüttüğü sırada öğrenilen ve sır niteliği taşıyan bilgilerin meslek sahibi tarafından hiçbir kimse ya da kurum önünde açıklanmaması sağlanır. Böylece hastalar sırlarının açıklanmayacağı konusunda bir güvence daha elde etmiş olur. Zira, yargılamanın açık yapıldığı durumlarda hekimin öğrendiği sırlarla ilgili tanıklık yapması halinde sır sahibine ait gizli bilgiler herkesçe bilinebilecek bir duruma gelmektedir. Bu nedenle, genel olarak hekimlerin tanıklıktan çekinebilecekleri öngörülmektedir.¹¹⁷ Bu bağlamda CMK'nın meslek mensuplarının tanıklıktan çekinmesine izin veren 46. maddesinin gerekçesinde tanıklıktan çekinme

¹¹⁵ Özkan – Akyıldız, s. 141

¹¹⁶ Hakeri, s.474

¹¹⁷ Donay, s.145

yetkisinin güven verdikleri halde hizmet verebilecek meslek mensuplarına tanındığı belirtilmektedir. Buna göre tanıklıktan çekinme yetkisinin tanınmasında göz önünde bulundurulmuş ölçüt “güven ilişkisidir”. Orantılık ilkesi gereği maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ile güven ilişkisi karşılaştırıldığında güven ilişkisi ağır bastığından meslek mensuplarına tanıklıktan çekinme yetkisi tanınmıştır.¹¹⁸

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, CMK'nin 46/1-b maddesinde sağlık personelin tanıklıktan çekinmesi konusunda hüküm bulunmaktadır. Ancak, aynı maddenin 2. fıkrasına göre ise avukatlar, stajyerleri veya yardımcılarının sır sahibinin onamı olsa bile tanıklıktan çekinebilecekleri belirtilirken, içine sağlık mesleği mensuplarının da dahil olduğu diğer meslek mensupları sır sahibinin onamı olması halinde tanıklıktan çekinemeyecektir. Madde bu haliyle, hekimin veya diğer sağlık mesleği mensuplarının hastanın onamının bulunması halinde, tanıklıktan çekinme hakkını engellemiştir. Sağlık mesleği mensuplarının bu durumda hastanın yararı için veya hastanın zarar görmemesi için hareket etme olasılığı kaldırılmıştır. Avukat ve stajyerleri ile yardımcılarına tanınan sır sahibinin onamına rağmen tanıklıktan çekinme yetkisi sağlık mesleği mensuplarına da hastanın yararına olması koşulu ile tanınmalıydı. Bununla beraber Yeni Kanunda önceki düzenlemeye göre sağlık mesleği mensuplarının tanıklıktan çekinmesi konusunda daha açıklayıcı ve genişletici bir ifade kullanılması hasta hakları açısından daha olumlu bir sonuç doğuracaktır.¹¹⁹

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 11. maddesi uyarınca 136. maddede düzenlenen suçlar dolayısıyla açılan davalara bakma görevi asliye ceza mahkemesine aittir.

¹¹⁸ Sert, Tıp Etiği ve Mahremiyet, s.160

¹¹⁹ Sert, Tıp Etiği ve Mahremiyet, s.162

TCK'nin 66/1-e bendi uyarınca, söz konusu suçun dava zamanaşımı süresi 8 yıldır. Nitelikli hallerin bulunması durumunda bu süre TCK'nin 66/3. fıkrasına ve 66/1-d bendine göre 15 yıl olacaktır.

4. Nitelikli Haller

Madde 137 - (1) Yukarıdaki maddelerde¹²⁰ tanımlanan suçların;

- a) Kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle,
- b) Belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle, İşlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.

TCK'nin 137. maddesinde iki ayrı nitelikli hal öngörülmüştür. Bunlar, TCK'nin 132 ile 136. maddeleri arasında tanımlanan suçların (konumuz yönünden 134, 135 ve 136. maddelerde düzenlenen suçları kapsamaktadır.) kamu görevlisi tarafından ve görevin verdiği yetki kötü kullanılmak suretiyle ya da belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanılarak işlenmesi halleridir.

İlk nitelikli halin uygulanabilmesi için eylemin kamu görevlisi tarafından gerçekleştirilmesi yeterli olmayıp ayrıca görevin verdiği yetkinin kötüye kullanmak suretiyle işlenmiş olması gerekmektedir. Örneğin, bir bilirkişinin adli makamlarca kendisine tevdi edilen, kişilerin özel hayatı ile ilgili ses veya görüntü kayıtlarının içeriğini bir televizyon muhabirine vermesi halinde, 134. maddeye uyan suç görevinin verdiği yetkiyi kötüye kullanarak işlediğinden cezası 137. madde uyarınca artırılabacaktır.¹²¹

İkinci nitelikli halin uygulanabilmesi için, kamu görevlisi olmayan failin, ilgili maddeler arasında tanımlanan suçlardan birini, icra etmekte olduğu belli bir meslek veya sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanarak işlemiş olmaları gerekmektedir.

¹²⁰ Konumuz yönünden TCK m. 134-135-136

¹²¹ Parlar – Hatipoğlu, s. 2052

Hükümde belli bir meslek ve sanattan söz edilmekte ancak bunun hangi meslek ve sanat olduğuna ilişkin bir açıklık yer almamaktadır. O halde herhangi bir meslek ve sanat bu nitelikli halin uygulanması bakımından gerekli ve yeterlidir. Ancak, bunun için söz konusu meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanılmak gerekir. Bu yönüyle, meslek ve sanatın söz konusu suçu işlemek yönünde elverişli olması gerekir. Yani meslek ve sanatın icrası ile suçun işlenmesi arasında bir nedensellik bağlantısı kurulabilmelidir.¹²²

Dolayısıyla, fail icra ettiği meslek veya sanatın sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle mağdur hakkında kişisel veriye ulaşabilmelidir. Örneğin, bir bilgisayar tamircisinin sistemde depolanan başkalarına ait kişisel verileri ele geçirmesi (m.136), bir sauna işleticisinin yerleştiği gizli kamera ile müşterilerine ait görüntüleri kaydetmesi (m.134/1) veya kişilerin özel hayatına ilişkin bu görüntüleri ifşa etmesi (m.134/2), bir doktorun mesleğinin sağladığı kolaylıktan yararlanarak elde ettiği hastasının özel hayatına ilişkin bilgi veya belgeleri ifşa etmesi (m.134) durumlarında 137. maddede yer alan bu nitelikli hal uygulanacaktır.¹²³

Sonuç olarak, bu hükme göre fail, icra ettiği meslek veya sanattan dolayı mağdurun özel hayat bilgisine veya kişisel verisine ulaşabilmeli veya icra ettiği meslek ya da sanatın sağladığı kolaylıkla bu bilgilere elde edebilmelidir ki; nitelikli halin fail hakkında tatbiki mümkün olabilsin. Hekim açısından değerlendirecek olursak, hekim mesleği icabı hastası hakkındaki birçok bilgiye ulaşabilir veya veri kaydı yapabilir. Yine hekim, mesleğinin sağladığı kolaylıkla hastasının bilgisi olmaksızın veri elde edebilir. Tüm bu hallerde hekim açısından 137/1-b maddesi uyarınca suçun nitelikli hali gündeme gelecektir.¹²⁴

¹²² Şen, s. 609

¹²³ Özbek, s. 954, Parlar – Hatipoğlu, s. 2052

¹²⁴ Şen, s. 609

5. Verileri Yok Etmeme

Madde 138 – Kanunların belirlediği sürelerin geçmiş olmasına karşın verileri sistem içinde yok etmekle yükümlü olanlara görevlerini yerine getirmediklerinde altı aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir.

Bu madde hükmü ile hukuka uygun olarak kaydedilmiş olan kişisel verilerin kanunların belirlediği sürelerin geçmiş olmasına rağmen yok edilmemesi, bağımsız bir suç olarak tanımlanmıştır.

Bu suç fail bakımından özellik taşımaktadır. Zira, bu suçu ancak verileri sistem içinde yok etmekte yükümlü olanlar işleyebilirler. O halde bu suç bir özgü suçtur. Önemli olan failin verileri sistem içinde yok etmekle yükümlü olmasıdır. Bu çerçevede, fail bir kamu görevlisi olabileceği gibi bir meslek ve sanat sahibi de olabilir. Bu sebeple, yukarıda detaylı bir şekilde açıkladığımız TCK'nin 137. maddesindeki cezayı ağırlaştırıcı nitelikli unsurlar bu suç bakımından öngörülmemiştir. Bu suçun mağduru da sadece kişisel verileri sisteme yüklü bulunan kişilerdir.¹²⁵

Bu suçun maddi unsuru, ilgili yasal düzenlemelere göre hukuka uygun olarak kaydedilmiş olan kişisel verilerin kanunların belirlediği sürelerin geçmiş olmasına rağmen, bu konuda kendilerine yükümlülük yüklenen görevlilerce, sistem içinde yok edilmemesi ile oluşmaktadır.¹²⁶

Bu suç genel kastla işlenebilir. Suçun manevi unsurunun oluşması bakımından failin, kişisel verileri sistem içinde yok etme yükümlülüğünü kasten yerine getirmemiş olması yeterlidir.

¹²⁵ Özbek, s. 964, 965

¹²⁶ Parlar - Hatipoğlu, s. 2055

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 10. maddesi uyarınca bu suç dolayısıyla açılan davalara bakma görevi sulh ceza mahkemesine aittir.

TCK'nin 66/1-e bendi uyarınca, bu suçun dava zamanaşımı süresi 8 yıldır.

6. Ticari Sır, Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrı Niteliğindeki Bilgi veya Belgelerin Açıklanması

Madde 239 - (1) Sıfat veya görevi, meslek veya sanatı gereği vakıf olduğu ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgeleri yetkisiz kişilere veren veya ifşa eden kişi, şikayet üzerine, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Bu bilgi veya belgelerin, hukuka aykırı yolla elde eden kişiler tarafından yetkisiz kişilere verilmesi veya ifşa edilmesi halinde de bu fıkraya göre cezaya hükmolunur.

(2) Birinci fıkra hükümleri, fenni keşif ve buluşları veya sınai uygulamaya ilişkin bilgiler hakkında da uygulanır.

(3) Bu sırlar, Türkiye'de oturmayan bir yabancıya veya onun memurlarına açıklandığı takdirde, faile verilecek ceza üçte biri oranında artırılır. Bu halde şikayet koşulu aranmaz.

(4) Cebir veya tehdit kullanarak bir kimseyi bu madde kapsamına giren bilgi veya belgeleri açıklamaya mecbur kılan kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.

Maddedeki suç, 765 sayılı eski TCK'nin 198-199 ve 364-365. maddelerine takabül etmekte olup, ceza arttırılmıştır.¹²⁷ Ayrıca, maddede, eski düzenlemede mevcut olmayan sır kavramı çeşitleri ortaya konulmuş ve “müşteri sırrı” bir sır şekli olarak düzenlenmiştir.

¹²⁷ Arslan – Azizağaoğlu, s. 996

Maddenin gerekçesinde, ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin yetkisiz kişilere verilmesinin veya ifşa edilmesinin, suç olarak tanımlandığı, bir bilgi veya belgenin bu nitelikte olup olmadığının ise, ilgili kanunda belirlenen bu hususa ilişkin ölçütler göz önünde bulundurularak hakim tarafından belirleneceği yer almaktadır.¹²⁸

Maddede tanımlanan suçlarla korunmak istenilen hukuksal yarar, kişilerin ekonomi ve ticaret alanındaki sır niteliği taşıyan bilgi ve belgelerin gizliliğinin korunmasıdır. Yasa koyucu, bu madde hükmüyle, ticari sır, bankacılık sırrı, müşteri sırrı veya fenni keşif ve buluşlar veya sınai uygulamaya ilişkin bilgi ve belgelerin hakkı olmayan kişilerin eline geçmesi suretiyle doğacak olan haksız rekabeti önlemeyi ve ticari yaşamın dürüstlük kuralları çerçevesinde sürdürülmesini sağlamayı amaçlamıştır.¹²⁹

Sır, herkes tarafından bilinmeyen, sahibin açıklanmasında yarar görmediği, açıklanması halinde sahibinin zarar görme tehlikesinin bulunduğu konulardır. Bir konunun sır olarak kabul edilebilmesi için, sır sahibinin, onun sır olarak saklanması konusunda sübjektif bir iradesinin bulunması ve bu konunun başkaları tarafından bilinmemesi ve bilinmesinin de gerekmemesi objektif koşulunu taşıması gereklidir. Bu sübjektif ve objektif unsurların varlığının kabulü için; sır sahibinin, sır konusunun başkaları tarafından bilinmesini istemediğini açık ve örtülü iradesi ile ortaya koyması ve ayrıca sır konusunun kamu tarafından öğrenilmemiş ve izlenmemiş olması gerekir.¹³⁰ Bu unsurlar oluşmamışsa sır kavramının varlığından söz edilemez. Örneğin, bir kimsenin ticari faaliyetiyle ilgili belgeleri, işletmesinin mali durumu ve finansman

¹²⁸ Meran, s.1077

¹²⁹ Erman Sahir – Özek Çetin, Ceza Hukuku Özel Bölüm – Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul – 1992, s.997

¹³⁰ Donay, s. 3-6

kaynakları, müşterileri, özel işletme organizasyonları, iş ile ilgili teknik sırları ve şahsi defterleri meslek sırrı kapsamına girmektedir.¹³¹

Meslek, kişilerin hayatlarını kazanmak için yaptıkları faaliyetlerdir. Meslek sırrı da, bir meslek sahibi tarafından mesleğini icra ettiği esnada öğrendiği bir kısım gizli bilgilerdir. Bu bilgiler iş sahibinin zamanla mesleğini icra ederken mesleğiyle ilgili öğrendiği ve geliştirdiği gizli bilgiler olabileceği gibi, işverenin müşterileriyle ilgili özel bilgileri de olabilir. Meslek sırrı deyince müşterilerin özel yaşamına ilişkin bilgiler de anlaşılmalıdır. Örneğin, bir estetik cerrahının hastasına ait özel bilgileri, bir avukatın boşanma davasında müvekkilini başından geçen hadiseleri bu tür bilgilerdendir. Müşteri sırrı ise işletmelerin ticari faaliyetleri esnasında müşterilerine ilişkin olarak öğrendikleri ve gizli tutmak durumunda oldukları bilgileri ifade eder. Bu çerçevede, müşterilerin şahsi, iktisadi ve mali durumuna ilişkin doğrudan veya dolaylı edinilen tüm bilgi, belge ve kayıtlar müşteri sırrıdır.¹³²

Ticari sır, bankacılık sırrı ve müşteri sırrı kavramları ve ilgili hükümler Ticari Sır, Banka Sırrı ve Müşteri Sırrı Hakkında Kanun Tasarısı'nda yer almaktadır. Bu çerçevede, Ticari Sır, Banka Sırrı ve Müşteri Sırrı Hakkında Kanun Tasarısı'ndan¹³³ bahsetmek istiyoruz.

On bir maddeden oluşan Kanun Tasarısının amacı; kamu kurum ve kuruluşları ile iktisadi, ticari ve mali sektörlerde üretim, tüketim ve hizmet alanlarında faaliyet gösteren ticari işletme ve şirketler, bankalar, sigorta şirketleri ve mali piyasalarda faaliyet gösteren aracı kurumlarının ticari sır, banka sırrı ve müşteri sırlarının talep edilmesi, verilmesi, kullanılması ve korunmasına ilişkin esas ve usulleri düzenlemektir.

¹³¹ Kılıçoğlu Ahmet, Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılarından Hukuksal Sorumluluk, Ankara – 1993, s. 88-89; Şen Ersan, Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, Kazancı Kitapçılık, İstanbul – 1996, s.220-223

¹³² Bilge Mehmet Emin, Ticari Sırların Korunması, Ankara – 2003, s. 34

¹³³ Gündel Ahmet, Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması, Ankara – 2009, s. 4611-4613

Kanun Tasarısı'nın "tanımlar" başlıklı 2. maddesinde ticari sır, banka sırrı ve müşteri sırrının tanını yapılmıştır. Buna göre;

Ticari sır: Bir ticari işletme veya şirketin faaliyet alanı ile ilgili yalnızca belirli sayıdaki mensupları ve diğer görevlileri tarafından bilinen, elde edilebilen, özellikle rakipleri tarafından öğrenilmesi halinde zarar görme ihtimali bulunan ve üçüncü kişilere ve kamuya açıklanmaması gereken, işletme ve şirketin ekonomik hayattaki başarı ve verimliliği için büyük önemi bulunan; iç kuruluş yapısı ve organizasyonu, mali, iktisadi, kredi ve nakit durumu, araştırma ve geliştirme çalışmaları, faaliyet stratejisi, hammadde kaynakları, imalatının teknik özellikleri, fiyatlandırma politikaları, pazarlama taktikleri ve masrafları, pazar payları, toptancı ve perakendeci müşteri potansiyeli ve ağları, izne tabi veya tabi olmayan sözleşme bağlantılarına ilişkin veya bu gibi bilgi ve belgeleri;

Banka sırrı: Bankanın yönetim ve denetim organlarının üyeleri, mensupları ve diğer görevlileri tarafından bilinen mali, iktisadi, kredi ve nakit durumu ile ilgili bilgilerle, bankanın müşteri potansiyeli, kredi verme, mevduat toplama, yönetim esasları, diğer bankacılık hizmet ve faaliyetleri, risk pozisyonlarına ilişkin her türlü bilgi ve belgeleri;

Müşteri sırrı: Ticari işletme ve şirketlerin, bankaların, sigorta şirketlerinin, sermaye piyasasında ve mali piyasalarda faaliyet gösteren aracı kurumların, kendi faaliyet alanlarıyla ilgili olarak müşterileri ilişkilerinde, müşterinin şahsi, iktisadi, mali, nakit ve kredi durumuna ilişkin doğrudan veya dolayısıyla edindikleri tüm bilgi ve belgeleri,

ifade etmektedir.

Kanun Tasarısı'nın 3. maddesine göre, bu Kanun kapsamındaki sırlarla ilgili olarak;

- Yayınlandığı veya kamuya açıklandığı ya da kanunlarda yer alan açıklık ilkesi uyarınca resmi sicillerde veya bilançolar ile faaliyet raporlarında yer aldığı veya kanunlardaki hükümler gereği kamunun aydınlatılması bakımından açıklamakla yükümlü olunan bilgilerin açıklandığı,
- Sır sahibinin, açıklanması hususunda yazılı muvafakati bulunduğu,
- Kanuni yükümlülüğün yerine getirildiği

hallerde bilgi ve belgelerin açıklanması, kullanılması, verilmesi ve aktarılması bu Kanuna aykırılık teşkil etmez.

Kanun Tasarısı'nın 4. maddesinin 2. fıkrasında, sırların verilmesini talep eden kamu kurum veya kuruluşlarının, talep nedenini ve yetkisinin dayanağını bildirmesinin zorunlu olduğu; 5. maddenin 1. fıkrasında ise bu Kanun kapsamındaki sırların sahipleri ve bu sırları ellerinde bulunduranların Türkiye Büyük Millet Meclisine, mahkemelere ve Cumhuriyet Başsavcılıklarına sır kapsamındaki bilgi ve belgeleri vermekle yükümlü oldukları belirtilmiştir.

Kanun Tasarısı'nın "sır saklama yükümlülüğü" başlıklı 6. maddesinde sırları doğrudan veya dolayısıyla öğrenen kamu görevlileri ve diğer kişilerin, bu sırları kanunen yetkili mercilerden başkasına açıklayamayacağı, veremeyeceği ve kendisi veya başkalarına menfaat sağlamak veya zarar vermek amacıyla kullanamayacağı, bu yükümlülüğün, bilgi ve belgelerin sır niteliği devam ettiği sürece görevlerinden ayrılmalarından sonra da devam edeceği; 7. maddede ise sırları doğrudan veya dolayısıyla öğrenen kamu görevlileri, sırlarla ilgili bilgi ve belgelerin korunmasını sağlamak amacıyla her türlü tedbiri almakla yükümlü oldukları düzenlenmiştir.

Kanun Tasarısı'nın 8. maddesinde ceza hükümleri düzenlenmiştir. Buna göre; fiilleri daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde; 5. maddede belirtilen sırların verilmesi yükümlülüğüne aykırı davrananlar bir yıldan iki yıla kadar hapis ve on bin güne kadar adli para cezası, 7. maddede belirtilen koruma yükümlülüğüne aykırı hareket edenler ise bir yıldan üç yıla kadar hapis ve on bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacaktır. Ayrıca, 6. maddede belirtilen sır saklama yükümlülüğüne aykırı davrananlar TCK'nin 239. maddesine göre cezalandırılacaktır.

Bu çerçevede, TCK'nin 239. maddesine geri dönecek olursak, maddede, her hangi bir elverişli hareketle ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgeleri yetkisiz kişilere vermek veya ifşa etmek (açıklamak, açığa vurmak, yaymak) suçun maddi unsuru olarak tespit edilebilmektedir. Buna göre sayılan türden bilgileri bunlarla temasa hakkı olmayanların öğrenmesini sağlamak suçun oluşumu için yeterli sayılacaktır. Failin bu sır, sıfat veya görevi, meslek veya sanatı gereği vakıf olması yeterli olup, bu sırrı özel bir çaba ile veya kolaylıkla öğrenmiş olması arasında bir fark bulunmamaktadır. Ayrıca, sırrın verilmesi veya ifşa edilmesi nedeniyle, sır sahibinin bir zarara uğrayıp uğramaması da suçun oluşması açısından önem taşımaz. Burada önemli olan, sırrın haksız olarak yetkisiz kişilere verilmesi veya her türlü ifşası, açığa vurulmasıdır.¹³⁴

Maddede tanımlanan suçlar, ancak kasten işlenebilir. Failin hangi saikle bu suçları işlediği önemli olmayıp, suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir.¹³⁵

TCK'nin 239. maddesinin 1. ve 2. fıkralarına göre soruşturma yürütülmesi, suçtan zarar gören kişinin şikayetine bağlıdır. Dolayısıyla, maddenin basit hali CMK'nın 253. maddesinde düzenlenen "uzlaşma" kapsamındadır. Ancak maddenin 3. fıkrası, bu hükme bir istisna getirerek, sırların Türkiye'de oturmayan

¹³⁴ Parlar – Hatipoğlu, s. 3457

¹³⁵ Parlar – Hatipoğlu, s. 3458

bir yabancıya veya onun memurlarına açıklanmasında şikayet koşulunu aramamaktadır. Keza, maddenin 4. fıkrasında tanımlanan suçun soruşturma ve kovuşturması da resen yapılır.

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 11. maddesi uyarınca bu suçlar dolayısıyla açılan davalara bakma görevi asliye ceza mahkemesine aittir.

Türk Ceza Kanunu'nun 66/1-d ve e bentleri uyarınca, 239. maddenin 1, 2 ve 3. fıkralarının uygulandığı durumlarda dava zaman aşımı süresi 8 yıl, maddenin 4. fıkrasına uyan suç bakımından ise, bu süre 15 yıldır.

7. Göreve İlişkin Sırrın Açıklanması

Madde 258. - (1) Görevi nedeniyle kendisine verilen veya aynı nedenle bilgi edindiği ve gizli kalması gereken belgeleri, kararları ve emirleri ve diğer tebligatı açıklayan veya yayınlayan veya ne suretle olursa olsun başkalarının bilgi edinmesini kolaylaştıran kamu görevlisine, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası verilir.

(2) Kamu görevlisi sıfatı sona erdikten sonra, birinci fıkrada yazılı fiilleri işleyen kimseye de aynı ceza verilir.

Kamu görevine ilişkin sırrın ifşasının cezalandırıldığı 258. madde hükmü, 765 sayılı Eski Ceza Kanunu'nun 229. maddesinin karşılığıdır. Yeni düzenlemede suçun unsurları ve seçimlik hareketleri aynen muhafaza edilmekle birlikte, açıklanan şeylerin gizli kalması gereken şeyler olması gerektiği birinci fıkrada vurgulanmıştır.

Söz konusu suç tipiyle korunmak istenilen hukuksal yarar, kamunun güvenirliliği ve sadakat ilkesidir. Kamu görevlisi, ifa ettiği kamu göreviyle ilgili olan ve gizli tutulması yani sır olarak saklanması gereken bilgileri açıklamamakla yükümlüdür. Suçun konusu, ifa edilen kamu göreviyle ilgili olan ve gizli tutulması yani sır olarak saklanması gereken bilgilerdir.¹³⁶

Maddede sır olarak nitelendirilen, açıklanması bir kişiye ya da kuruluşa zarar verebilecek olan ya da izin veya onay almadan bir sırta vakıf olanın açıklayamayacağı, göreve ilişkin bilgi ve belgelerdir.¹³⁷

Bu suçun maddi unsuru, kamu görevlisinin görevi nedeniyle kendisine verilen veya aynı nedenle bilgi edindiği ve gizli kalması gereken belgeleri, kararları, emirleri ve diğer tebligatı açıklaması veya yayınlaması veya ne suretle olursa olsun başkalarının bilgi edinmesini kolaylaştırması biçimindeki seçimlik hareketlerden birini işlemesi ile oluşmaktadır. Suçun oluşması için sırrın açıklanması sonucunda kamunun veya kişilerin herhangi bir zarara uğraması da gerekmemektedir.¹³⁸

Gizli kalması gereken bilgi ve belgeler, açıklanmaları halinde failin mensup olduğu kamu kuruluşunun hukuken korunabilen bir menfaatine zarar verebilecek nitelikte olanlardır; bu menfaat hukuken korunabilen bir şey değilse, hukuka aykırı bir nitelik taşımakta ise, bunun açıklanmasıyla bir zarar verilebileceği de kabul olunamayacağından eylem TCK'nin 258. maddesi kapsamında mütalaa edilemez.¹³⁹

Bu suç ancak doğrudan kastla işlenebilir. Bu nedenle, suçun manevi unsurunun oluşabilmesi için, failin görevi nedeniyle kendisine verilen veya aynı nedenle bilgi edindiği belge, karar ve emir ve diğer tebligatın içeriklerinin gizli

¹³⁶ Parlar – Hatipoğlu, s. 3789

¹³⁷ Malkoç, s.1976

¹³⁸ Parlar – Hatipoğlu, s. 3790

¹³⁹ Erman – Özek, s. 146

kalması gereken sır niteliğinde olduğunu bilerek ve isteyerek açıklaması veya yayınlaması veya başkalarının bilgi edinmesini kolaylaştırması gerekir. Ancak, bu tür gizli bilginin veya belgenin başkalarının eline geçmesini kolaylaştırma haline failin taksirli hareketi, örneğin içinde gizli belgelerin bulunduğu dolabı kilitlemeyi unutmuş olması yol açmışsa, 258. maddedeki suç oluşmaz, bu durum fail hakkında disiplin soruşturması yapılmasını gerektirir.¹⁴⁰

TCK'nin 258. maddesinde genel hükümler öngörülmüş olup, bu maddedeki kıyaslama yolu ile hekimin eylemlerine de uygulama olanağı benimsenmiştir. Bu çerçevede, hekimin, görevi nedeniyle kendisine bildirilen bilgileri, belgeleri, gizli kalması gereken emir ve kararları açıklaması suç oluşturmaktadır. Ancak, bu suçun işlenmesi için hekimin kamu görevlisi olması, yani sağlık hizmeti veren kamu kurum ya da kuruluşlarında çalışması gerekmektedir. Hekim görevinden ayrılrsa bile aynı eylemi yaptığı takdirde maddenin ikinci fıkrası uyarınca yine bu ceza ile sorumlu tutulacaktır.¹⁴¹

Söz konusu suç, göreve ilişkin bir suç olduğundan, fail hakkındaki kovuşturma 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkındaki Kanun hükümleri uyarınca merciinden izin alınmak suretiyle yapılır.

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 11. maddesi uyarınca bu suç dolayısıyla açılan davaya bakma görevi asliye ceza mahkemesine aittir.

Türk Ceza Kanunu'nun 66/1-e bendi uyarınca, bu suçun dava zamanaşımı süresi 8 yıldır.

¹⁴⁰ Erman – Özek, s. 151

¹⁴¹ Özkan – Akyıldız, s. 146

8. Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi

Madde 280. - (1) Görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşmasına rağmen, durumu yetkili makamlara bildirmeyen veya bu hususta gecikme gösteren sağlık mesleği mensubu, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Sağlık mesleği mensubu deyiminden tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler anlaşılır.

Madde ile ilgili açıklamalara geçmeden önce, söz konusu düzenlemenin hekimler açısından önemli sıkıntılar yaratacağını belirtmek gerekmektedir. Zira, 280. maddede, 765 sayılı ETCK'nin 530. maddesinde getirilen ihbar yükümlülüğüne göre çok daha geniş kapsamlı, tıp etiğinin doğası ile topluma sağladığı yarar bakımından kabul edilmesi güç bir düzenleme yer almaktadır.¹⁴²

Söz konusu suç tipi, ETCK'nin 530. maddesinde kabahat olarak düzenlenmişti. Buna göre;

“Hekim, cerrah, ebe yahut sair sıhhiye memurları şahıslar aleyhinde işlenmiş bir cürüm asarını gösteren ahvalde sanatlarının icap ettiği yardımı ifa ettikten sonra keyfiyeti adliyeye veya zabıtaya bildirmezler yahut ihbar hususunda teahhur gösterirlerse bu ihbar kendisine yardım ettikleri kimseyi takibata maruz kılacak ahval müstesna olmak üzere otuz liraya kadar hafif cezayı nakdiye mahkûm olurlar.”

Her iki düzenleme arasında ilk olarak bildirim yükümlülüğünün kapsamına ilişkin bir farklılığın bulunduğu görülmektedir. Yeni düzenleme görevle bağlantılı bir şekilde işlendiği öğrenilen her suç için bildirim yükümlülüğü getirmişken, eski Kanun sadece şahıslara karşı işlenmiş cürümler bakımından bildirim yükümlülüğü

¹⁴² Katoğlu Tuğrul, Hekimin Cezai Sorumluluğu ve Yeni Türk Ceza Kanunu, Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu'ndaki Düzenlemeler, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyumu Özel Sayısı 1, İstanbul – 2007, s.218

getirmişti. Bunun dışında eski Kanunda sağlık mesleği mensuplarının bildiriminde bulunmaları kendisine yardım ettikleri kimseyi takibata maruz bırakacak ise, ihbarda bulunmamanın suç teşkil etmeyeceği kabul edilmişti. Oysa yeni kanunda bildirim yükümlülüğü bakımından böyle bir ayrımın yapılmadığı görülmektedir. Yaptırım yönünden de iki düzenleme arasında önemli fark söz konusudur.¹⁴³

Bilindiği üzere, hekimin en büyük kaygısı ve temel hedefi, hastasının sağlığına yeniden kavuşmasıdır. Hekime tanı ve tedavi amacı ile gelen hastanın en önemli hukuki değer olan yaşamı ya da sağlığı ile ilgili bir sorunu var demektir. Hekim görevini yaparken, kabul edilen tarihsel ve evrensel değerlere göre, kendisine müracaat eden ve sağlık hizmeti talep eden kişiye, hiçbir sığata bakmaksızın hizmet verebilmelidir. Aksi bir uygulama, bir şekilde bir suçun faili ya da mağduru durumundaki kişinin sağlık hizmeti alma hakkından vazgeçerek hayatını tehlikeye atması sonucunu doğurabilecektir. Evrensel hukukun da kabul ettiği üzere, hasta-hekim ilişkisinin temelinde hastanın hekimine olan güven bulunmaktadır. Yasa ile getirilen ihbar yükümlülüğü tarihsel etik anlayışı da olumsuz etkilemektedir.¹⁴⁴

Ayrıca şu hususu da belirtmek gerekir ki; Türk Ceza Kanunu, bir yandan 136. maddede kişisel verilerin açıklanmasını yasaklamakta; Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 46. maddesinde sağlık personeline tanıklıktan çekinme hakkı tanırken; bu iki düzenlemenin tam tersi bir uygulama TCK'nin 280. maddesinde yer almış ve sağlık mesleği mensupları suçu bildirmekle yükümlü tutulmuştur. Böylece, esasen bir yükümlülüklerin çatışması durumuyla karşı karşıya kalınmaktadır.¹⁴⁵

¹⁴³ Üzülmöz İlhan, Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu, Tıp Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 142, Ankara – 2008, s.826

¹⁴⁴ Kök Ahmet Nezih, Türk Ceza Adalet Sisteminde Hekimlik Uygulamaları ile İlgili Maddelerin Tıbbi Etik Açısından Değerlendirilmesi, Erzincan Sağlık Hukuku Sempozyumu, Yetkin Yayınları, Ankara – 2007, s.83,84

¹⁴⁵ Hakeri, s.523,524

Esasen bütün kamu görevlilerinin göreviyle bağlantılı olarak öğrendiği suçları yetkili makamlara bildirme yükümlülüğü bulunmaktadır ve bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi cezalandırılmaktadır (TCK m. 279). Buna rağmen sağlık mesleği mensupları açısından ayrı bir özel hükmün konulmasının amacı, kamu görevlisi niteliğinde olmayan sağlık mesleği mensuplarına da bu yükümlülüğü yüklemektir.¹⁴⁶

Söz konusu madde, mesleklerini icra ettikleri sırada tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişilerin, öğrendikleri suçları ihbar etme yükümlülüklerini ortaya koymuştur. Maddenin gerekçesinde, söz konusu ihbar yükümlülüğünün, madde metninde sayılan sağlık mesleği mensupları ile sınırlı olmadığı yer almaktadır. Ayrıca, gerekçede devlet eliyle işletilen sağlık kuruluşlarında görev yapan sağlık mesleği mensuplarının da, kamu görevlisi sıfatını taşıdıkları ve bu kişilerin suçu bildirme yükümlülüğüne aykırı davranışları halinde kendilerine yine bu madde hükmü uygulanacağı belirtilmiştir.¹⁴⁷

Bu suç tanımıyla, sağlık mesleği mensuplarının görevlerini yaptıkları sırada öğrendikleri suçlar karşısında tepkisiz kalmamaları, bunları gecikme göstermeksizin yetkili makamlara bildirmeleri kamusal bir görev olarak öngörülmüştür. Fiilin suç olarak kabulüyle korunmak istenilen hukuksal yarar, kamu düzeninin korunması ve devletin adli fonksiyonlarını eksiksiz yerine getirmesinin sağlanmasıdır.¹⁴⁸

Ancak ve maalesef maddenin bu şekliyle, şikayete tabi suçlarda, şikayet hakkı olan şikayet etmezken, bunu ihbar etmeyen sağlık personelinin suç işlemesi söz konusu olacaktır. Gerçekten de, kamu görevlileri açısından “kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suç”un, yani resen takip edilen bir suçun işlendiğini bildirme yükümlülüğü öngörülmüşken, kamu görevlisi olmayan

¹⁴⁶ Hakeri, s.524

¹⁴⁷ Meran, s. 1240

¹⁴⁸ Parlar – Hatipoğlu, a. 3936

sağlık mesleği mensupları bakımından bu yükümlülüğün şikayete tabi olanlar da dahil olmak üzere bütün suçlar bakımından genişletilmesi, haklı bir gerekçeye dayandırılmaz. Uygulamada da bazı hallerde gerçekten de bu hükmün bazı olumsuz sonuçlara yol açabileceği görülmektedir. Örneğin 17 yaşında resmi nikahı bulunmayan bir kadının, hamile kalıp kadın doğum uzmanına muayeneye gittiği hallerde, hekimin kadın şikâyet etmese bile, bu durumu bildirme yükümlülüğü bulunmaktadır.¹⁴⁹

Söz konusu suçun maddi unsuru, görevi sırasında bir suçun işlendiği yönünde bir belirti gördüğü halde bunu yetkili makamlara bildirmemek veya bunda gecikme göstermektir. Örneğin, hastanenin acil servisinde görevli doktor veya hemşirenin ateşli silahla vurulmuş olarak gelen bir şahıstaki yaralanmayı gördüğü halde polise ya da acil servis yöneticisine bunu bildirmemesi halinde maddedeki suç oluşur.¹⁵⁰

Kanun koyucu suçun işlendiğinden değil fakat belirtisinden söz etmektedir. Şu halde suça ilişkin bir kuşku belirdiğinde sağlık mesleği mensubunun durumu derhal yetkili makamlara bildirmesi gerekir. Sağlık mesleği mensubu görevini yaptığı sırada ve göreviyle ilgili olarak bu suç belirtisini öğrenmiş olmalıdır. Örneğin tabancayla vurulmuş olarak hastaneye getirilen yaralıyla ilgili durumun yetkili makamlara bildirilmesi gerekir veya laboratuarda kan tahlili yapılırken kanında uyuşturucuya rastlanılan kişi de ilgili yerlere bildirilmelidir. Bildirim yükümlülüğünün, makul sürenin geçmesinden sonra yerine getirilmesinde bildirimde gecikmeden söz edilebilir. Makul süre somut olayda, olayın mahiyetine ve diğer koşullara göre hakim tarafından takdir edilecektir.¹⁵¹

Yetkili makamlardan anlaşılması gereken, “bildirimi kabul etme yetkisi olan, daha açık bir anlatımla, bildirim üzerine soruşturmaya başlama yetkisi bulunan veya kendisine yapılan bildirim soruşturma yapmaya yetkili makama

¹⁴⁹ Hakeri, s.525

¹⁵⁰ Arslan – Azizağaoğlu, s. 1123

¹⁵¹ Gündel, s. 5232

iletmekle yükümlü tutulmuş olan makamdır.” Bu makamlar CMK 158/1 gereğince savcılık veya kolluk makamlarıdır. Valilik, kaymakamlık veya mahkemeye yapılacak bildirimler de geçerli olacaktır. Ayrıca, sağlık mesleği mensubunun, çalıştığı kurumun idaresine durumu bildirmesi de yetkili makama bildirme olarak kabul edilmelidir.¹⁵²

Öğrenilen suçun, failin yerine getirdiği sağlık hizmeti ile bağlantısının olup olmaması önemli değildir. Sağlık mesleği mensuplarının sadece yaptıkları tıbbi müdahale veya yardımla sınırlı olmayarak, hastasının öyküsünü dinleyen bir tabibin, hastanın yaptığı açıklamalarla veya muayene ya da tedavi sırasında bir suçun işlendiğini gösteren bir belirti ile karşılaşması mümkündür. Örneğin, bir tabibin muayene ettiği gebelik süresi on haftadan fazla olan kadının çocuğunu isteyerek düşürdüğünü veya cinsel saldırı fiiline maruz kaldığını veya hastanın ateşli silahla yaralanmış olduğunu veya örgüt mensubu olduğunu görevi sırasında öğrenmesi ve ihbar yükümlülüğüne aykırı davranması halinde 280. maddede tanımlanan suç oluşur.¹⁵³

Burada ortaya çıkan bir sorun, hastasını dinleyen psikiyatriste, hastanın sözgelimi bir kimseyi öldürmüş olduğunu söylemesi durumunda bunu bildirme yükümlülüğü bulunup bulunmadığıdır. Burada genel hükümlere göre olması gereken şudur: Hasta suçu işlemiş, suç tamamlanmış ise, hekimin bunu saklama yükümlülüğü vardır. Ancak henüz suç tamamlanmamışsa, örneğin bir kimseyi kaçırap bir bodrumda rehin tuttuğunu söylemişse, bu takdirde de hekimin sır saklama yükümlülüğü olmakla beraber, bu durumu bildirmesi halinde hekim diğer şartları da gerçekleşmişse zorunluluk halinden yararlanabilir ve cezalandırılmaz.¹⁵⁴

¹⁵² Hakeri, s.527

¹⁵³ Parlar – Hatipoğlu, s. 3937

¹⁵⁴ Hakeri, s.527

Yeni Kanunda ihbar yükümlülüğü kapsamına giren suç bakımından herhangi bir sınırlama ve ayırım yapılmamıştır. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi 765 sayılı ETCK'nin 530. maddesinde, ihbar yükümlülüğü “kişiler aleyhine işlenen” suçlarla sınırlı iken, Yeni Kanunun 280. maddesinde böyle bir ayırım yapılmadan, failin, işlendiği yönünde bir belirtisi ile karşılaştığı suçun, herhangi bir suç (TCK'de veya özel yasalarda yer alan herhangi bir suç) olması yeterli sayılmıştır.

Söz konusu suç, kasten işlenebilen bir suçtur. Bu suç tipinde, fail, kendisine belli bir icrai davranışta bulunma (suçu ihbar etme) yükümlülüğü yüklendiği halde, bu yükümlülüğe uygun davranmamakta (suçu ihbar etmemekte veya bu hususta gecikme göstermekte) böylece objektif unsurları bilerek, hareketsiz kalmakta, ihbar yükümlüğünü yerine getirmeme veya gecikme gösterme hususunda karar almaktadır. Diğer bir anlatımla, ihmali davranışlarla işlenen bu suç tipinde kastın suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları kapsamaması, ihbar yükümlülüğü altında bulunan sağlık mesleği mensubunun, bu yükümlülüğe aykırı davrandığının bilincinde olduğu halde bilerek ve isteyerek suçu yetkili makamlara bildirmemesi veya bu hususta gecikme göstermesi gerekir. Failin saiki suçun oluşumu bakımından önem taşımaz. Suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir.¹⁵⁵

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 10. maddesi uyarınca bu suç dolayısıyla açılan davaya bakma görevi sulh ceza mahkemesine aittir.

Türk Ceza Kanunu'nun 66/1-e bendi uyarınca, bu suçun dava zamanaşımı süresi 8 yıldır.

¹⁵⁵ Parlar – Hatipoğlu, s. 3938

9. Türk Tabipler Birliği Kanunu'ndaki Dzenleme

Ayrıca, yukarıda açıkladığımız YTCK'deki hükümler dışında, Türk Tabipler Birliği Kanunu'nun¹⁵⁶ 39. maddesine göre, Haysiyet Divanı, kendisine sevk edilen tabip ve diş tabipleri hakkında, fiil ve hareketlerinin mahiyetine göre yazılı ihtar, para cezası, geçici olarak sanat icrasından men, 3 defa sanat icrasından men kararı almış ise o mntıkada çalışmaktan men şeklindeki inzibati cezaları verebilir.

B- Özel Hukuk Yönünden

Hasta bilgilerinin ifşa edilmesi halinde, hakkı ihlal olunan tarafın talep, şikayet ve dava hakları ayrıca dzenlenmediğinden bu konuda genel hükümler uygulanacaktır. MK m. 25 çerçevesinde, sınırlayıcı olmamak üzere, hakkı ihlal olunanın dava yoluyla ileri sürebileceği talepler aşağıdaki gibidir¹⁵⁷;

- Durdurma (saldırıya son verme): Tecavüzün başlamış ve devam ediyor olması ve fiilin hukuka aykırı olması gerekmektedir; kusur aranmaz.
- Önleme: Ciddi bir tecavüz tehlikesinin varlığına bağlı olarak açılır. Kusur ve muhtemel bir zarar aranmaz.
- Hukuka aykırılığın tespiti: Tecavüzün sona erdiği fakat etkilerinin devam ettiği hallerde açılan bir tespit davası niteliğindedir.
- Maddi Tazminat: Kural olarak hukuka aykırı saldırı, kusur, zarar (malvarlığı aktifinde azalma ya da pasifinde bir çoğalma) ve illiyet bağı söz konusu olmalıdır. Ancak, kusursuz sorumluluğun söz konusu olduğu hallerde kusur aranmaz.

¹⁵⁶ 31.01.1953 tarih, 8323 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

¹⁵⁷ Dural, s. 149 - 155

- Manevi tazminat: MK m. 25/III, BK m. 49, BK m. 96 anlamında kişilik hakkı ihlal olunan şahsın ihlal nedeniyle iç dünyasında meydana gelen acı ve üzücü duygularına karşılık talep ettiği tazminattır.

- Vekaletsiz iş görmeden doğan davalar: BK'nin 414. maddesinde düzenlenen vekaletsiz iş görme hükümlerine göre açılır. Maddi tazminat davasından ayırıcı yönü, mağdurun elde etmek istemeyeceği ya da elde edemeyeceği kazanç hakkında açılan bir dava olmasıdır. Zira, ortada edinilmesi hedeflenen bir kazancın elde edilememesinden kaynaklanan bir zarar söz konusu değildir. Bilakis, vekaletsiz iş gören kişinin elde ettiği menfaat talep edilmektedir. Yargıtay da verdiği bir kararda bu hususu teyit etmiştir. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 07.02.2002 tarih 2001/10199 E. ve 2002/1371 K. sayılı kararı aynen şu şekildedir;

“1 Ocak 2002'de yürürlüğe giren 4721 sayılı Medeni Kanunun 25/3 maddesinde "davacının maddi ve manevi tazminat istemleri ile hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın vekaletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine verilmesine ilişkin istemde bulunma hakkı saklıdır." hükmü yer almaktadır. Davacılar maddi tazminat isteminde bulunmuşlardır. Eylemin kişilik haklarına saldırı teşkil ettiği açıktır. Davalı davacıların izinsiz resmini çekip bunları afiş haline getirdikten sonra reklam amacıyla kullandıktan sonra ödeme yapmadığına göre MK'nin yukarıda belirtilen 25. maddesi hükmünde açıklandığı üzere davacılar bundan dolayı davalıdan elde ettiği geliri vekaletsiz iş görme hükümlerine göre isteyebilir. Anılan yön gözetilmeden yazılı gerekçeyle maddi tazminat istemlerinin reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.”

Hasta ve hekim arasındaki ilişkide vekalet akdinden hareketle, kişilik hakkı ihlal olunan hasta ile 3. şahıs arasında BK m. 41'den hareketle haksız fiil hükümlerinin uygulanacağı söylenebilir.

Ayrıca, bu genel hükümler dışında, Türk Tabipler Birliği Kanunu'nun¹⁵⁸ 39. maddesine göre de Haysiyet Divanı, kendisine sevk edilen tabip ve dış tabipleri hakkında, fiil ve hareketlerinin mahiyetine göre yazılı ihtar, para cezası, geçici olarak sanat icrasından men, üç defa sanat icrasından men kararı almış ise o mıntıkada çalışmaktan men şeklindeki inzibati cezaları verebilir.

¹⁵⁸ 31.01.1953 tarih, 8323 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

VII. Sonuç

Kişisel verilerin gizliliğinin yetkili makamlarca kişinin özel hayatına saygı gereği etkin bir biçimde sağlanması, bu verilerin yetkisiz kişilerce öğrenilmesinin önüne geçmektedir. Özellikle tıbbi veriler söz konusu olduğunda, bu verilerin açıklanmasının, kişinin özel ve aile yaşantısı kadar sosyal ve iş durumunu da etkileyeceği, kişinin toplumdan dahi dışlanma tehlikesi doğurabileceği göz ardı edilmemelidir. Bu çerçevede, hekim ilke olarak tedavi nedeniyle öğrendiği sırları kimseye açıklamamak, ifşa etmemek yükümlülüğü altındadır.

Mevzuatımızda, yukarıda detaylı bir şekilde açıkladığımız üzere, tıp hukukuna yönelik birçok hüküm bulunmakla birlikte hasta haklarını düzenleyen temel, bütüncül bir yasa bulunmamaktadır. Özel ve kapsayıcı bir düzenleme bulunmaması sebebiyle, hasta hakları kapsamındaki birçok konu genel hükümlere göre değerlendirilmektedir. Çeşitli yasalarda ve uluslararası anlaşmalarda dağınık bir şekilde yer alan hükümler Hasta Hakları Yönetmeliğinde somutlaştırılmıştır. Bu hükümler de ancak ve maalesef hasta haklarının korunması yönünden yeterli değildir.

Bu çerçevede, öncelikle tıp hukukunu bütünüyle kapsayan, uygulamadaki sorunları da gidermeye yönelik temel bir kanunun oluşturulması gerekmektedir. Bu kanunun oluşturulmasında, hekimler ve hukukçuların el ele vererek çalışmalarını ortak yürütmeleri, kendi özel bilgilerini birleştirmeleri ve birbirlerinden istifade etmeleri halinde daha iyi neticeler alınacaktır.¹⁵⁹

¹⁵⁹ Mattheis Ruth, Hukukçu ve Tıpçıların Konuşmaları, Tıp ve Ceza Hukuku Karşılaştırmalı Güncel Hukuku Serisi-2, Proje Yöneticisi Kayıhan İçel, Yayına Hazırlayan Yener Ünver, Seçkin Yayıncılık, Ankara-2004, s.41

Nitelikli ve etkin bir sağlık hizmeti sunmak ve bu hizmet sunumu sırasında hastaya zarar vermemek, hastayı korumak için hasta güvenliği çalışmaları artırılmalı, hastaların zarar görmesini önlemeye yönelik sistemler geliştirilmelidir. Sağlık hizmeti uygulamalarının güvenli şekilde gerçekleştirilmesi için gerek devlet gerekse özel kurumlar üzerlerine düşen görevleri yerine getirmeli, hasta güvenliği, hasta hakları konularında konuşulabilecek platformlar oluşturmalı ve toplumun bu konudaki bilinci arttırmaya yönelik çalışmalar yapılmalıdır.

Ayrıca, hekimlerin sır saklama yükümlülüğü ile ilgili olarak, olumlu düzenlemeler içeren, ancak ve maalesef yıllardır kanunlaşmayı bekleyen Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı ile Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk (Malpraktis) Kanun Tasarısının biran önce yürürlüğe girmesi faydalı olacaktır.

Hekimlerin ihbar yükümlülüğü ile ilgili olarak, TCK'nin 280. maddesinin bu haliyle hekimleri iş göremez hale getirdiği yolundaki şikayetlerin de dikkate alınıp, düzenlemenin en azından eski Ceza Kanunundaki sınırlarına getirilmesinde yarar olduğu görülmektedir.

Ayrıca, ülkemiz için söylenmesi gereken bir husus da hastanelerin ve hekimlerin içinde buldukları zor şartların iyileştirilmesinin, düzeltilmesinin hasta haklarının etkin bir şekilde sağlanması açısından zorunlu olduğudur.

Sonuç bölümünde söylenmesi gereken önemli bir konu da ülkemizde son yıllarda hekimlerin sorumluluğuna ilişkin hukuk ve ceza davalarında büyük bir artış yaşandığıdır.¹⁶⁰ Bu çerçevede, hasta güvenliği ve hasta haklarının korunması için çalışmalar yapılırken, hekimin de korunmasız bir şekilde, tek sorumlu olarak bırakılmaması gerekmektedir. Bu konuda Dünya Tabipler Birliği, 2002 yılında Washington'da toplanan Genel Kurulu'nda; hasta güvenliği ile ilgili olarak bir yıl

¹⁶⁰ Aşçıoğlu etin, Hekimlerin Sorumluluğunda Kusur ve Belirlenmesi, Uluslararası Katılımlı 2. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyumu Bildiri Kitabı, İstanbul – 2006, s.191

boyunca sürdürdüğü çalışmaların sonucunda ortaya çıkan Hasta Güvenliği Bildirgesi'nde; hasta güvenliğinin sağlanamamasından hekimin tek başına sorumlu sayılmayacağını belirtmektedir. Tek tek hekimlerin veya diğer etkenlerin ele alınması yerine sistemi bir bütün olarak değerlendiren ve tüm aksaklıkları kayıt altına almayı öngören bir yaklaşım benimsenmesinden söz edilmektedir. Cezaya dayalı sistemlerin yerine, cezalandırılma kaygısı taşımadan tüm sorun ve aksaklıkların bildirilmesini, böylece kayıt altına alınan sorunlar için çözüm geliştirmenin, dolayısıyla aksaklıkların tekrarını önlemenin olanaklı olabileceği, sürekli eğitim etkinliklerinin önemli katkı sağlayacağı belirtilerek ulusal tabip birliklerine bu yönde öneride bulunmaktadır.¹⁶¹

Son olarak, “hekimlik mesleğinin gereklerini onurla ve yürekten uygulayacağım. Hastanın sağlığını baş kaygım sayacağım. Bana emanet edilen sırları koruyacağım.” sözlerini içeren Hipokrat Andı'nı etmiş hekimlere, hukukçular destek olmalıdır. Bir taahhütte bulunmanın neticeleri üzerine sık sık düşünen hukukçular, hekimler tarafından verilen taahhütlerin nasıl yerine getirileceği ve nasıl yerine getirilmesi gerektiği, getirilmediği takdirde ne olacağı konuları üzerine belki de daha çok düşünmelidir.

¹⁶¹ Savaş Halide, Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları, Seçkin Yayıncılık, Ankara-2009, s.72