

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

KİŞİSEL VERİLER BAĞLAMINDA HEKİMİN
SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNDEN DOĞAN
HUKUKİ VE CEZAİ SORUMLULUK

Sümeyye KERTMEN

2501171829

TEZ DANIŞMANI

Doç. Dr. Muhammed DEMİREL

İSTANBUL – 2022

ÖZ

**KİŞİSEL VERİLER BAĞLAMINDA HEKİMİN SIR SAKLAMA
YÜKÜMLÜLÜĞÜNDEN DOĞAN HUKUKİ VE CEZAI
SORUMLULUK**

SÜMEYYE KERTMEN

Hekim ve hasta arasındaki ilişki, büyük ölçüde güven temeline dayanan bir ilişkidir. Bu ilişkide hasta; kişisel verilerinin ve sırlarının saklanacağına duyduğu güven sayesinde hekime gerçeğe uygun bilgiler aktarmakta ve asıl sorunun çözümüne ilişkin bu bilgiler tedavinin gereği gibi ilerlemesini ve sonuçta hastanın iyileşmesini sağlamaktadır. Bireylerin ve genel anlamda toplumun sağlığının korunmasına hizmet eden hekimin sır saklama yükümlülüğü, aynı zamanda yaşam hakkını koruyucu bir görev de üstlenmektedir. Bu önemine binaen, hekime gerek etik ilkelerle, gerekse cezai müeyyideleri de içeren birtakım mevzuat hükümleri ile hastanın sırlarını saklama yükümlülüğü getirilmiştir. Bu hükümler doğrultusunda sır saklama yükümlülüğünü ihlal eden hekimin sorumluluğu doğmaktadır. Bu çalışmada hekimin sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmesinin ceza hukuku alanındaki yansıması ele alınmıştır. Bu itibarla Türk hukukunda, kişisel verilerin başkalarına aktarılması şeklindeki fiili cezalandıran ceza normunun, hekimin sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde uygulanma şartları incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: kişilik hakları, sağlık hakkı, özel hayat, mahremiyet hakkı, kişisel veri, sır, sır saklama yükümlülüğü.

ABSTRACT

LEGAL AND CRIMINAL LIABILITY ARISING FROM THE MEDICAL DOCTOR’S CONFIDENTIALITY OBLIGATION IN THE CONTEXT OF PERSONAL DATA

SÜMEYYE KERTMEN

The relationship between medical doctor and patients mostly based on trust. In this relationship, thanks to the confidence that his personal data and secrets will be kept safe, the patient gives factual information to the doctor and this accurate information related to the solution of the main problem, lead to the proper progress of the treatment and ultimately patient’s recovery. Doctor’s obligation of confidentiality that is of service to protect the health of individuals and generally society also undertakes a duty to protect the right to life at the same time. Due to this importance, doctors are obliged to keep patients’ secrets by both ethical principles and legal regulations including criminal sanctions. With the respect of this rules, doctors are responsible in the case of violation of confidentiality obligation. In this study, the reflection in criminal law of doctors’ violation of confidentiality obligation is discussed. In this respect, in the case of doctors’ violation of confidentiality obligation, the implementation conditions of the punishment norm penalizing the act of transferring personal data to someone else in Turkish criminal law will be examined.

Keywords: Personal rights, right to health, private life, right to privacy, secret, personal data, confidentiality obligation.

ÖNSÖZ

İçinde bulunduğumuz yüzyılda teknolojinin çığır açan değişim ve gelişimi karşısında bilgi paylaşımı, her türlü alanda oldukça kolaylaşmış, bu anlamda hayatın her alanında dijital bir düzene geçilmiştir. Gelişen ve değişen bu yeni dünya düzeni ise kişilerin özel hayat alanlarının daha çok insanla paylaşılmasını ve daha çok insanın bu alanlara kolayca erişim sağlayabilmesini beraberinde getirmiştir. Kişilerin bu kolaylığı keyfi şekilde kullandığı alanların dışında, bazı durumlarda kamusal veya özel çeşitli hizmetlerden faydalanmak için de bu paylaşım zorunludur. Kişisel verilerin zikredilen gelişmeler sebebiyle korumasız kalması tehlikesi karşısında; kişilerin özel hayat alanları ve özeldaki kişisel verilerinin gizliliğinin korunması açısından mevzuatta gerekli düzenlemeler yapılmalı, kamusal veya özel kurum ve kuruluşlar nezdinde çeşitli koruma mekanizmaları ve önlemleri oluşturulmalıdır. Söz konusu dijitalleşmeden bu minvalde etkilenen alanların başında hiç şüphesiz sağlık hizmetleri gelmektedir. Hastaların sağlık hizmeti sırasında kişisel verilerini sağlık personeli ve hastane yöneticileri gibi kişilerle zorunlu olarak paylaşması gerekmektedir. Bu durum da hastanın iyileştirilmesine hizmet etse de temelde mahremiyetin ihlali anlamına gelmektedir.

Mahremiyet kavramı, tanımı ve muhtevası üzerinde çeşitli görüşler bulunması hasebiyle bugün halen daha muğlak bir kavram olarak karşımıza çıksa da genel manada gizli kalması yönünde irade gösterilen şeyleri ifade etmektedir. Ancak bunun dışında mahremiyetin; ihtimam gösterilen, hürmet edilen bir alanı temsil ettiği de kabul edilebilir. Bu anlamı itibarıyla zorunlu da olsa mahremiyetin ihlali neticesini doğurabilecek her durumda oldukça özenli hareket edilmelidir. Sağlık hizmetleri de yukarıda ifade olunduğu gibi mahremiyetin zorunlu olarak ihlal edilmesini gerektirmektedir. Bu sebeple hasta mahremiyeti hakkı ve bu hakkı destekleyici diğer hak ve yükümlülükler ile tıbbi etik ilkeler doğrultusunda hastaların mahremiyeti ile mahremiyet kavramının ihtiva ettiği özel hayat alanı, sır alanı ve bu alana dahil olan kişisel veriler koruma altına alınmaya çalışılmıştır.

Bahsi geçen öneminin yanında sağlık hizmetlerinin, yaşam hakkı ile doğrudan ilgili olması durumu da dikkate alındığında, bu alanda mahremiyetin ve kişisel

verilerin gizliliği bu yönüyle de incelemeye değerdir. Zira hastaların itimat edeceği şekilde gizliliğin sağlanması sağlık hizmetinin amacının gerçekleşmesi açısından büyük bir önem arz etmektedir. Bu itibarla sağlık hizmeti sağlayıcıları içinde, bu anlamda en önemli sorumluluğa sahip olan süje olarak hekime sır saklama yükümlülüğü yüklenmiştir. Çalışmamızda hekimin sır saklama yükümlülüğü kişi hak ve özgürlükleri ile bağlantısı ele alınarak mevzuat düzenlemeleri çerçevesinde incelenmiştir.

Bu çalışmanın hazırlık aşamasında özellikle akademik çalışma yapmak ile ilgili genel kaideler hususunda bana rehber olan ve kıymetli vaktini ayıran tez danışmanım, saygıdeğer hocam Doç. Dr. Muhammed Demirel'e; tezimi okuyarak tashih kısmında destek ve görüşlerini esirgemeyen, en zor zamanlarda işimi kolaylaştıran değerli arkadaşlarım Melek Yaşar, Seçil Temur, Nazmiye Nazlı Kocamanoğlu ve Mihrinaz Akkan'a; ayrıca her türlü desteklerini ömrüm boyunca yanımda hissettiğim anneciğim ve babacığım başta olmak üzere geniş ailemin her bir ferdine içten bir teşekkürü borç bilirim.

Sümeyye KERTMEN
İSTANBUL, 2022

İÇİNDEKİLER

ÖZ	ii
ABSTRACT	iii
ÖNSÖZ	iv
KISALTMALAR.....	x
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM: HEKİM-HASTA İLİŞKİSİ

1.1. Hekim-Hasta İlişkisi ve Bu İlişkinin Hukuki Niteliği	6
1.2. Tedavi İlişkisi Bakımından Kişilik Haklarının İncelenmesi	12
1.2.1. Genel Olarak	12
1.2.2. Yaşam Hakkı.....	14
1.2.3. Sağlık Hakkı.....	23
1.3. Hasta Hakları ve Hastanın Yükümlülükleri	30
1.3.1. Genel Olarak	30
1.3.2. Hasta Mahremiyeti Hakkı	33
1.3.2.1. Mahremiyet Kavramı.....	33
1.3.2.2. Tıbbi Etik İlkeler Işığında Mahremiyet Kavramı	35
1.3.2.3. Hasta Mahremiyeti Hakkının Kapsamı ve Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü ile Bağlantısı	37
1.3.2.4. Mevzuat Düzenlemeleri İle Hasta Mahremiyeti Hakkı	39
1.4. Hekimin Hakları ve Yükümlülükleri	42

İKİNCİ BÖLÜM:
TIBBİ MÜDAHALELERDE HEKİMİN SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ
VE BU YÜKÜMLÜLÜĞÜN İHLALİNDE HUKUKİ SORUMLULUK

2.1. Genel Olarak.....	48
2.2. Sır	51
2.2.1. Genel Olarak	51
2.2.2. Kavramsal Açıdan Sır	56
2.2.2.1. Objektif Koşul.....	57
2.2.2.2. Sübjektif Koşul.....	58
2.2.3. Meslek Sırrı.....	59
2.2.4. İş Sırrı.....	61
2.2.5. Ticari Sır	63
2.2.6. Bankacılık Sırrı	63
2.2.7. Müşteri Sırrı	64
2.2.8. Avukatlık Sırrı	65
2.3. Kişisel Veriler.....	66
2.3.1. Kavramsal Açıdan Kişisel Veri	67
2.3.2. Kişisel Verilerin Korunması Hakkı	68
2.3.3. Kişisel Verilerin Korunması Hakkının Hukuki Niteliği	70
2.3.4. Kişisel Verilerin İşlenmesi.....	74
2.3.5. Özel Nitelikli Kişisel Veriler ve Kişisel Sağlık Verileri.....	75
2.4. Kişisel Veriler ve Sır İlişkisi	77
2.5. Hekimlik Faaliyeti Açısından Sır ve Kişisel Veri Kavramları	79
2.5.1. Genel Olarak	79
2.5.2. Meslek Sırrı Bağlamında Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü.....	82
2.6. Mevzuat Düzenlemeleri ile Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü	84

2.7. AİHM Kararlarında Kişisel Sağlık Verilerinin Gizliliği Prensipleri ve Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü	86
2.8. Hekimin Üçüncü Kişi ve Kurumlarla Bilgi Paylaşımı Şeklindeki Davranışının Sır Saklama Yükümlülüğü Açısından Değerlendirilmesi	94
2.9. Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğünü İhlal Etmesi Durumunda Hukuki Sorumluluğu	100
2.9.1. Genel Olarak	100
2.9.2. Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Sorumluluk	103
2.9.3. Vekaletsiz İş Görmeden Doğan Sorumluluk	108
2.9.4. Haksız Fiil Sorumluluğu	109
2.9.5. Sorumluluğu Etkileyen Nedenler	112
2.9.6. Diğer Sorumluluk Türleri ve Genel Esaslar	114

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM:

SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜ İHLAL EDEN HEKİMİN CEZA SORUMLULUĞU

3.1. Genel Olarak	118
3.2. Hekimin Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme, Yayma ve Ele Geçirme Suçu Bakımından Sorumluluğu	122
3.2.1. Genel Olarak	122
3.2.2. Suçla Korunan Hukuki Değer	124
3.2.3. Suçun Temel Unsurları	126
3.2.3.1. Maddi Unsurlar	126
3.2.3.1.1. Suçun Konusu	126
3.2.3.1.2. Hareket	140
3.2.3.1.3. Fail	140
3.2.3.1.4. Mağdur	142
3.2.4. Manevi Unsur	143

3.2.5. Hukuka Aykırılık Unsuru.....	145
3.2.5.1. Genel Olarak.....	145
3.2.5.2. Hukuka Uygunluk Nedenleri.....	148
3.2.5.2.1. Kanun Hükümünün Yerine Getirilmesi.....	148
3.2.5.2.2. Hastanın Rızası.....	162
3.2.5.2.3. Hekimin Hukuka Uygunluk Nedenleri Hususunda Hataya Düşmesi	166
3.2.6. Suçun Nitelikli Unsurları	171
3.2.7. Kusurluluk.....	173
3.2.7.1. Zorunluluk Hali	174
3.2.7.2. Kusurluluğu Etkileyen Hata	180
3.2.8. Suçun Özel Görünüş Şekilleri.....	181
3.2.8.1. Teşebbüs	181
3.2.8.2. İştirak.....	183
3.2.8.3. İçtima.....	186
3.2.9. Suçun Kovuşturulması ve Yaptırımını	193
SONUÇ.....	196
KAYNAKÇA	201

KISALTMALAR

A.e.	: Aynı eser
a.g.e.	: Adı geçen eser
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
C.	: Cilt
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
Ed.	: Editör
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
KVKK	: Kişisel Verilerin Korunması Kanunu
p.	: Paragraf
S.	: Sayı
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu

TBB

: Türkiye Barolar Birliği

v.d.

: Ve diğerleri



GİRİŞ

İnsan sağığına hizmet etmesi, onu teminat altına almayı amaçlaması ve bu amacı gerçekleştirmek için özel ve özenli bir çaba gerektirmesi sebebiyle sağıık hizmetleri ve özelde hekimlik faaliyeti toplum yaşamında özel bir öneme sahiptir. Tıp biliminin kuralları çerçevesinde gerçekleştirilen bu hekimlik faaliyeti, bireylerin ve neticede toplumun sağığına hizmet etmektedir. Bu faaliyet, çeşitli kamusal ve özel kurum ve kuruluşlar bünyesinde hekimler ve ilgili diğier sağıık personeli eliyle gerçekleştirilmektedir.

Sağıık hizmetleri bireylerin yalnızca mevcut hastalıklarının iyileştirilmesini amaçlamaz. Bilakis sağıık hizmetlerinin genel amacı çok geniş bir çerçevede ele alınmalıdır. Buna göre sağıık hizmetleri her ne kadar hastanın sağıaltılmasına hizmet eder nitelikte görölse de genel olarak bireyin ve nihayetinde toplumun sağıık ve esenlik içerisinde yaşamasını, bu sebeple de toplumun genelinin ulaşılabilir en yüksek sağıık standardına erişimini sağılamayı amaçlamaktadır. Bu itibarla bir ülkede sağıık sektörü, ister özel ister kamu kuruluşları eliyle olsun, bireylerin sağıık hizmetlerine kolayca ve gerektiğı gibi ulaşabilmesini, gerek teşhis gerekse de tedavi sırasında ve dahi önleyici sağıık hizmetleri hususunda durumun gerektirdiğı en yüksek şartlar altında hizmet alabilme hakkını güvence altına almalıdır.

Bireylerin sağıık hizmetlerinden gerektiğı şekilde yararlanabilmesi için en önemli hususlardan biri de kamu veya özel kuruluşlar tarafından sunulan sağıık hizmetlerinden yararlanmak hususunda herhangi bir tereddüt duymamasıdır. Bu itibarla bireyin ve toplumun ülkede sağıık hizmetlerinin insan onuruna yakışır şekilde yerine getirildiğı hususunda herhangi bir endişe taşımaması gerekir. Bunun için bireyler, teknolojik imkânların, teşhis ve tedavinin doğru şekilde yerine getirilmesi amacıyla kullanıldığından; hekimlerin ve diğier sağıık personelinin görevlerini etik değierlere, mesleki kurallara ve tıp biliminin genel kurallarına uygun şekilde yerine getirdiklerinden ve sağıık kuruluşuna başvurdıkları ilk andan itibaren insani değierlerine saygı gösterileceğinden emin olmalıdır. Hastaların sağıık sistemine dahil olmak hususunda endişe duymalarına sebep olan en önemli hususlardan biri de

başkalarının bilgi ve görgüsüne kapalı tutmak istedikleri alanı, sağlık hizmeti sırasında hekime ve diğer sağlık personeline açmak zorunda kalacakları gerçeğidir. Nitekim tıbbın birçok alanında teşhis ve tedavi, ancak hasta doğru ve güvenilir bilgiler paylaştığında ilerleyebilecek ve başarıya ulaşabilecek niteliktedir. Dolayısıyla sağlık hizmetinin gereği gibi yerine getirilmesi ve uygun şartların oluşturulması için dikkat edilmesi gereken önemli hususlardan biri de hastanın mahremiyet hakkı ve bu doğrultuda sır saklama ilkesidir. Buna göre hastanın sağlık hizmeti almak üzere sağlık kuruluşuna başvurduğu hususu da dahil olmak üzere gizli kalması hastanın yararına olacak her husus hastanın iradesi de dikkate alınarak gizli tutulmalı, bu doğrultuda en başta hekimlere ve bununla birlikte diğer sağlık personeline sır saklama yükümlülüğü getirilmelidir. Bu şekilde bir koruma sağlandığı takdirde hastanın iyileştirilmesi ve bu itibarla sağlık hakkının tesis edilmesinin yanı sıra önemli insan haklarından biri olan özel hayatın gizliliği hakkı da koruma altına alınmış olacaktır.

Özel hayatın gizliliği hakkı, kişilik hakları bakımından özel bir öneme sahip olmakla birlikte başka birçok kişilik hakkı ile de yakından ilgili bir haktır. Öyle ki bu hak, ulusal ve uluslararası birçok metinde düzenlenme altına alınmıştır. Bu itibarla özel hayatın gizliliği hakkı 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si'nin 12. maddesinde;

“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.”¹ şeklinde düzenlenmiştir.

Bunun yanında 1966 tarihli Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 17. maddesinde;

“Hiç kimsenin özel ve aile yaşamına, konutuna veya haberleşmesine keyfi veya hukuka aykırı olarak müdahale edilemez; onuru veya itibarı hukuka aykırı saldırılara maruz bırakılamaz. Herkes bu tür saldırılara veya müdahalelere karşı hukuk tarafından korunma hakkına sahiptir.”² şeklinde ele alınmıştır.

¹ İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si, (Çevrimiçi) <https://www.ombudsman.gov.tr/document/mevzuat/688B1--Insan-Haklari-Evrensel-Beyanname'si.pdf> 20 Ekim 2021.

² Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, (Çevrimiçi) <https://www.ombudsman.gov.tr/document/mevzuat/81204--Medeni-ve-Siyasi-Haklara-Iliskin-Uluslararası-Sozlesme.pdf> 20 Ekim 2021.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "Özel ve Aile Hayatına Saygı" başlıklı 8. maddesinde ise;

"1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir.³" şeklinde düzenlenmiştir.

Bu bakımdan kimi zaman mahremiyet hakkı olarak da ifade edilebilen özel hayatın gizliliği hakkı, içeriği konusunda net bir saptama yapılmasının zorluğunun yanında, genel anlamda kişinin kamusal alandan uzakta tutmak istediği hayatının, üçüncü kişilerin müdahalesinden korunması olarak tanımlanabilir. Bu koruma kapsamında gözden uzak tutulmak istenen bu hayat alanına dâhil olan kişisel veriler de gündeme gelmektedir. Kişisel veri kavramı, çalışmanın devamında da ele alacağımız üzere gerçek kişiler ile ilgili çok geniş bir alanı ifade etmektedir. Yukarıda bahsi geçen özel hayat alanına dâhil olan kişisel veriler ise genelde *sır* olarak adlandırılmaktadır.

Kişilerin sırlarını içeren bu özel hayat alanının korunması oldukça önemlidir. Zira bazı durumlarda kişilere ait sırların korunmasız bırakılması yaşam hakkını dahi tehdit edebilecek niteliktedir. Sır sayılabilecek kişisel sağlık verilerinin ve tıbbi müdahale sırasında sağlık personeline zorunlu olarak aktarılan diğer kişisel verilerin korunması gerekliliği bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Zira çalışmanın devamında da açıklanacağı üzere, tıbbi müdahalenin amacına ulaşması ve tıbbi teşhis ve tedavinin doğru şekilde gerçekleşebilmesi için söz konusu sırların ilgili personele aktarılması önem arz etmektedir. Böyle bir durumda sır sayılan kişisel verilerin gizliliği bakımından veri sahibinin herhangi bir endişe taşımaması ve sırlarının saklanacağı inancı içerisinde olması gerekmektedir. Ancak bu şekilde bir koruma sağlandığında tedavi başarıya ulaşabilecektir. Bu durum kişisel veri sahibi hastalar bakımından yaşamsal bir önem arz etmektedir.

³ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, (Çevrimiçi) https://www.anayasa.gov.tr/media/3542/aihs_tr.pdf 20 Ekim 2021.

Konunun yukarıda zikredilen önemine binaen çeşitli uluslararası sözleşmelerde, kişilerin özel hayat alanlarının devletler eliyle kanunlar ve diğer araçlar kullanılarak korunması gerekliliği düzenleme altına alınmıştır. Nitekim AİHS'nin 8. maddesi, bu konuda en önemli düzenlemelerden biridir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de ilerleyen bölümlerde ele alacağımız birçok kararında, hasta bireylerin ve hasta yakınlarının sır sayılan kişisel verilerinin gizli tutulması gerekliliğine değinmiş ve bu hususun sağlığın korunması bakımından oldukça önemli olduğunu defaatle vurgulamıştır.

İç hukukumuzda da bu konuda gerekli düzenlemeler yapılmış olup kişilerin özel hayatı ve özel hayat kavramının ihtiva ettiği çeşitli kurumların koruma altına alınması amaçlanmıştır. Yukarıda ifade ettiğimiz önemi dolayısıyla sağlık hizmetlerinde hastaların özel hayatının gizliliğinin korunması ise sağlık personeline ve özel olarak hekime, hastaların sırlarını saklama yükümlülüğü getirilerek sağlanmıştır. Çalışma konumuzu oluşturan hekimin sır saklama yükümlülüğü, hasta ile hekim arasında tedavi sebebiyle kurulan hukuki ilişkiden doğmaktadır.

Hekimin sır saklama yükümlülüğüne dayanak teşkil eden iç hukuk düzenlemelerine ilgili bölümlerde ayrıca değinilecek olmakla birlikte araştırma alanımız bakımından özellikle üzerinde duracağımız iç hukuk düzenlemesi 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 136. maddesinde düzenlenen *Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme veya Ele Geçirme Suçudur*. Bu kapsamda çalışmamızın son bölümünde, hastalara ilişkin sırları saklama yükümlülüğünü ihlal eden hekimin ceza sorumluluğu ele alınacaktır. Nitekim ceza sorumluluğu, hürriyeti bağlayıcı cezalara sebep olabilecek bir sorumluluk türü olarak özel hayatın gizliliği hakkının korunmasında etkin bir rol üstlenmektedir.

Bu açıklamalara ek olarak belirtilmelidir ki özel hayatın gizliliğine ilişkin hak, mutlak bir hak olarak kabul edilemez. İncelenen hukuki metinler ve çalışmanın devamında ele alacağımız hususlar da göz önünde bulundurulduğunda, özel hayatın gizliliği hakkının bazı sınırlama sebepleri ile sınırlanabileceği anlaşılabilecektir. Özellikle AİHS'nin ilgili maddesi incelendiğinde, özel hayatın gizliliği hakkı bakımından sağlığın korunmasını da içeren birtakım sınırlama sebepleri kabul edildiği

görülebcektir. Zira özel hayatın gizliliği yahut sırların korunmasına ilişkin haklar ile sağlık ve yaşam hakkı gibi başka bazı hakların çatıştığı durumlar da söz konusu olabilecektir. Sır sayılan kişisel verileri elinde bulunduran yetkili kişi bu durumda haklar arasında bir denge gözetmek mecburiyetindedir. Nitekim yapılacak değerlendirmeye göre sır saklama yükümlölüğünün ihlal edilmesinin bireylerin ve toplumun çıkarları açısından hakkaniyete daha uygun olduğu durumlarla karşılaşmak mümkündür. Çalışmamızın ilgili bölümlerinde bu istisnai durumlara da ayrıca değinilecektir.



BİRİNCİ BÖLÜM:

HEKİM-HASTA İLİŞKİSİ

1.1. Hekim-Hasta İlişkisi ve Bu İlişkinin Hukuki Niteliği

Hekim ile hasta arasındaki ilişkinin konusunu tıbbi müdahale oluşturur. Hekim bu ilişki içerisinde mesleki bilgi ve donanımına sahip otorite konumundaki süjüdür. Hasta olarak isimlendirilen kişiler bedensel, fiziksel ve ruhsal varlığında meydana gelen eksikliği tamamlamak ve sağlığına kavuşmak amacıyla hekime başvurmaktadır. Hastanın bu başvurusu üzerine gerçekleştirilen faaliyetleri kapsayan, tıp biliminin kuralları çerçevesinde yürütülen ve tedavi amacına yönelik olan süreç tıbbi müdahale olarak adlandırılmaktadır¹. Buradan hareketle, hekim-hasta ilişkisinin başlangıcı için hekimin bir kez hastayı muayene etmiş olması hatta yalnızca telefonla bilgi vermesi bile yeterli görülmektedir². Hekim-hasta ilişkisi, tarafların anlaşması yahut hekimin bazı koşullar altında bu ilişkiyi sonlandırması şeklinde sona ermiş olsa da tıbbi müdahale sebebiyle ortaya çıkan bazı yükümlülük ve sorumluluklar daha uzun süre devam edebilmektedir.

Hekim ile hasta arasındaki hukuki ilişki, vekaletsiz iş görmeden veya haksız fiilden kaynaklanabileceği gibi taraflar arasında kurulan ve özel güven ilişkisine dayanan bir sözleşme şeklinde de vücut bulabilir. Hastanın rıza açıklamasının imkânsız olduğu veya onun menfaatini korumak için müdahalenin zaruri olduğu durumlarda, hekim-hasta arasındaki ilişki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 526. maddesi ve devamında düzenlenen vekaletsiz iş görme hükümlerine göre değerlendirilebilir. Bunun dışında hekim-hasta ilişkisinin bir sözleşmeye dayanmadığı ve vekaletsiz iş görme hükümlerinin uygulanmasının da mümkün olmadığı

¹ Mustafa Kıcaloğlu, **Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2011, s. 3; Mehmet Ayan, **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk**, Ankara, Kazancı Matbaacılık, 1991, s. 5.

² Hakan Hakeri, **Tıp Hukuku**, Güncellenmiş 18. Baskı, Ankara, Seçkin, 2020, s. 823; Ayan, **a.g.e.**, s. 56.

durumlarda, yine yürürlükteki TBK'nın 49. maddesi ve devamında düzenlenen haksız fiil hükümlerine göre değerlendirme yapılabilir³.

Bütün bunların yanında belirtildiği gibi hasta ile hekim arasındaki ilişkinin hukuki niteliği daha çok bir sözleşme ilişkisi olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira bu ilişki, sahip olduğu hastalık sebebiyle zayıf konumdaki hasta ile aldığı eğitim ve yeteneği sayesinde hastanın durumuyla ilgili herkesçe bilinmeyen bilgilere sahip olması ve ayrıca tedavi yetkisini elinde bulundurması sebebiyle hastaya göre daha güçlü bir konumda bulunan hekim arasında kurulmaktadır⁴. Bu sebeple hekim hastanın durumu ile ilgili uygun teşhisi koymak ve gerekli tedaviyi uygulamak, bunları yaparken de meslek kurallarından doğan diğer yükümlülüklerini yerine getirmek ile mükelleftir. Hekime atfedilen bu edimin karşılığında amaç, hastanın sağlığına yeniden kavuşturulmasıdır.

Tıbbi müdahale sebebiyle hekim ile hasta arasında meydana gelen sözleşme ilişkisinin hukuki niteliği bakımından doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Bu bağlamda hekim-hasta ilişkisinin hizmet sözleşmesi, eser sözleşmesi, kendine özgü atipik bir sözleşme, tüketici sözleşmesi ya da vekalet sözleşmesi olduğu yönünde görüşler ileri sürülmüştür.

Bahsi geçen görüşlerden ilki hizmet sözleşmesi görüşüdür⁵. Hizmet sözleşmesi içerisinde işçi, işverene bağımlı olarak bir işi yapmayı, işveren ise bunun karşılığında bir ücret ödemeyi üstlenmektedir⁶. Nitekim hizmet sözleşmesinin önemli hükümlerinden biri de TBK 396. maddede düzenlenen sır saklama yükümlülüğüdür. Buna göre işçi işverene ait sırları sözleşme süresince ve dahi işverenin menfaati gerektirdiği takdirde sözleşme sona erdikten sonra da saklamakla yükümlüdür⁷. Hasta-

³ Sinem Karasu, **Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009, s. 17-20; Ayan, **a.g.e.**, s. 49; Kemale Aslanova, **Sağlık Hukuku Ders Notları**, 2. Baskı, İstanbul, Aristo Yayınevi, 2019, s. 100.

⁴ Ayan, **a.g.e.**, s. 50.

⁵ Alman Hukukunda hekimlik sözleşmesinin hizmet sözleşmesi niteliğinde olduğu kabul edilmektedir: ayrıntılı bilgi için bkz. **A.e.**, s. 52.

⁶ Ahmet Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Genişletilmiş 3. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2021, s. 393; Murat Aydoğdu, Nalan Kahveci, **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Gözden Geçirilmiş Yenilenmiş ve Dipnotlu 4. Basım, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019, s. 730.

⁷ Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s. 403.

hekim arasında mevcut ilişki ilk bakışta hizmet sözleşmesinin niteliklerini andırmaktadır. Ancak TBK’da 393 ve devamı maddelerde düzenlenen hizmet sözleşmelerinin niteliği gereği bu sözleşmelerin en tipik unsuru bir ast-üst ilişkisi içerisinde, işçinin işverene bağımlı olarak işi yürütmesi ve onun emri altında çalışmasıdır⁸. Buna karşılık hekimin hastanın emri altında olmadan ve belirli bir süre sınırlamasına tabi olmadan bağımsız olarak kendi bilgi ve yeteneği doğrultusunda tedaviyi gerçekleştirdiği göz önünde bulundurulduğunda bu ilişkinin hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilemeyeceği anlaşılmaktadır⁹.

Tıbbi müdahale sebebiyle kurulan sözleşmenin, eser sözleşmesi şeklinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği de ayrıca incelenmelidir. Tıbbi müdahale ilişkisi içerisinde, hekim tarafından objektif olarak gözlenebilen, bağımsız bir hukuki varlığa sahip bir eserin meydana gelmemesi ve bunun yanında hekim tarafından iyileşme garantisi verilmemesi dahası böyle bir teminata bulunmanın yasaklanmış olması¹⁰ gibi hususlar dikkate alındığında tıbbi müdahale sözleşmesinin eser sözleşmesi olarak nitelendirilemeyeceği sonucu ortaya çıkmaktadır¹¹. Nitekim belirtildiği üzere eser sözleşmesinin en tipik unsuru bir eserin meydana gelmesidir¹² ki eserin niteliği ile ilgili çok çeşitli görüşler ortaya atılmış olsa da genel olarak bağımsız bir bütün olarak meydana gelmeyen sonuçlar eser olarak kabul edilemeyecektir¹³. Ayrıca bu sözleşmenin yine tipik özelliklerinden biri olarak yükleniciye, eserin yani sonucun meydana gelmesi sorumluluğunun yüklenebilir olması¹⁴ ve hatta sözleşmenin genel olarak bir “*sonuç yaratma sözleşmesi*” olarak

⁸ Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s. 392; Aydoğdu, Kahveci, **a.g.e.**, s. 731.

⁹ Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 10. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2022, s. 545, 546, 547; Ayan, **a.g.e.**, s. 54; Karasu, **a.g.e.**, ss. 22-23.

¹⁰ Işıl Güney Tunalı, **Hekimin Tıbbi Müdahalede Bulunma Yükümlülüğünün Sınırları**, Ankara, Seçkin, 2020, s. 157; Ayan, **a.g.e.**, s. 50; Erhan Günay, **Vekalet Sözleşmesi Uyuşmazlıkları**, Ankara, Seçkin, 2021, s. 263; Bkz. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi madde 13, (Çevrimiçi) https://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&task=view&id=52&Itemid=31 28 Mart 2022.

¹¹ Gürkan Sert, **Tıp Hukuku ve Etiği Derslerine Giriş**, Ankara, Seçkin, 2020, s. 121; Karasu, **a.g.e.**, ss. 25-30.

¹² Yaşar Engin Selimoğlu, **Eser Sözleşmesi**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2021, s. 27, 44; Ömer Ergün, **Borçlar Hukuku (Özel Hükümler) Ders Notları**, Ankara, Seçkin, 2018, s. 213.

¹³ Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, ss. 600-604; Aydoğdu, Kahveci, **a.g.e.**, s. 749.

¹⁴ Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, ss. 600-604; Aydoğdu, Kahveci, **a.g.e.**, s. 754.

adlandırılması¹⁵ hususu da göz önünde bulundurulduğunda, hekim-hasta ilişkisinin bir eser sözleşmesi olarak değerlendirilemeyeceği açıktır¹⁶. Ancak yine hekim-hasta ilişkisi şeklinde olmasına rağmen estetik operasyonlarda ve diş protezi yahut kol, bacak protezleri yapıp hastaya takılması durumlarında bir eserin meydana gelmesi söz konusu olduğundan bu durumlarda istisnai olarak hasta-hekim ilişkisinin eser sözleşmesi olarak değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir¹⁷.

Tıbbi müdahale sözleşmesinin Borçlar Kanunu'nda düzenlenen sözleşmelerden herhangi birine uyum sağlamadığını, kendine özgü bir sözleşme olduğunu savunan yazarlar da vardır. Bu görüşe göre hekimlik sözleşmesi bilgi ve donanım bakımından eşit olmayan iki kişi arasında kurulmakta, klasik borçlar hukuku sözleşmelerinden farklı olarak her iki tarafa eşit nitelikte borçlar yüklememektedir¹⁸. Bu görüş taraftarı bazı yazarlara göre tıbbi müdahale ilişkisi bakımından Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri uygulama alanı bulmalıdır¹⁹. Bunun yanında tıbbi müdahale sözleşmesinin kanunda düzenlenen tipik sözleşmelerden biri olarak değil; tıbbi vekalet ağırlıklı atipik isimli sözleşmelerden biri olarak kabul edilmesi gerektiği görüşü de savunulmaktadır²⁰. Bu görüşe göre, Alman hukukunda tıbbi müdahale sözleşmesinin ayrı bir sözleşme türü olarak ilgili mevzuatta açık ve ayrıntılı olarak düzenlenmesi şeklindeki yaklaşımın Türk hukuku bağlamında da benimsenmesi

¹⁵ Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s. 448.

¹⁶ Zira eser sözleşmesinde araç veya yöntem değil, sonuç taahhüt edilir: Mustafa Reşit Belgesay, **Tıbbi Mesuliyet**, İstanbul, M. Sıralar Matbaası, 1954, s. 76.

¹⁷ Ayan, **a.g.e.**, s. 52, 55; Belgesay, **a.g.e.**, s. 77; Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, ss. 448-449; Merve Gürcan, **Tıp Hukukunda Eser Sözleşmesi**, Ankara, Seçkin, 2020, s. 45; Selimoğlu, **a.g.e.**, s. 44; ayrıca bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2017/680 E. 2021/449 K. Sayılı, 08.04.2021 tarihli Kararı, p. 14; Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 2020/1854 E. 2021/619 K. Sayılı, 03.03.2021 tarihli Kararı, (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> 28 Mart 2022; Doktrinde mevcut bir görüşe göre ise söz konusu işlemler yalnızca tedavi amacıyla yapılıyorsa vekalet sözleşmesi hükümleri, estetik amaç da taşıyorsa eser sözleşmesi hükümleri uygulama alanı bulmalıdır: Gültezer Hatırmaz Erol, **Diş Hekimlerinin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları**, Ankara, Seçkin, 2017, s. 49, 78.

¹⁸ Wiethölter, **Arzt und Patienten als Rechtsgenossen**, Stiftung zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung über Wesen und Bedeutung der Freien Berufe (Hrsg.), Die Aufklärungspflicht des Arztes, Köln-Berlin 1962, s. 104, 105'den aktaran Ayan, **a.g.e.**, s. 51.

¹⁹ Reşat Atabek, Merih Sezen, "Hekimin Mesuliyeti", **İstanbul Barosu Dergisi**, C. XXVIII, S. 2, İstanbul 1954, ss. 135-166, s. 144, 145.

²⁰ Mehmet Demir, **Hekim ve Hastane Yönünden Tıbbi Sorumluluk Hukuku**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018, s. 120, 121.

gerekir²¹. Nitekim tıbbi müdahale sözleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin doktrinde görüş birliği sağlanamamış olması hususu karşısında bu şekildeki bir kanuni düzenlemeye duyulan ihtiyaç anlaşılabilir olacaktır. Ancak bu görüşe taraftar olan yazarların savunduğunun aksine, katıldığımız görüşe göre hekimlik sözleşmesinin eşit olmayan iki taraf arasında kurulması, bunun yanında her iki tarafa eşit nitelikte olmayan edimler yüklüyor olması, bu sözleşmenin atipik bir sözleşme olarak kabulü için yeterli değildir²².

Doktrinde hekim-hasta ilişkisine uygun düştüğü ölçüde 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümlerinin uygulanabileceğini savunan bir görüş de mevcuttur²³. Buna göre hekim-hasta ilişkisinin ücret karşılığı sağlık hizmeti verilmesi şeklinde de kurulabilmesi mümkün olduğundan tüketici sözleşmesi veya bir tüketici işlemi olarak nitelendirilmesi mümkündür. Bu görüşün sonucu ise hekimin sır saklama yükümlülüğünü ihlali sonucunda cezai sorumluluğuna esas olarak kişisel verilerin ifşasına yönelik madde hükmünü değil, müşteri sırrının ifşasına yönelik madde hükmünü kabul etmek anlamına gelmektedir. Konuya ceza sorumluluğunun inceleneceği son bölümde değinilecektir.

Bunun yanında doktrindeki hâkim görüş, hekim ve hasta arasındaki tıbbi müdahale ilişkisinin bir vekalet sözleşmesi olduğu yönündedir²⁴. Vekalet sözleşmesi, bir kişinin kendisine ait bir işi bir başkasına yaptırması esasına dayanır²⁵. Nitekim TBK'nın 502 ve devamı maddelerinde düzenlenen vekalet sözleşmesi hükümleri ışığında, hekimin hasta yararına tedavi şeklinde maddi bir fiil olarak bir iş görme edimini üstlenmesi, bu edimin belli bir zaman sınırlamasına tabi olmaksızın bağımsız olarak gerçekleştirilmesi, hekimin tedavinin sonucuna yönelik sorumluluğunun

²¹ Mehmet Demir, **Hekim ve Hastane Yönünden Tıbbi Sorumluluk Hukuku**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018, s. 120, 121.

²² Ayan, **a.g.e.**, s. 54.

²³ Zafer Zeytin, "Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü", **Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi**, C. 14, S. 2, 2006, ss. 77-82, s. 79.

²⁴ Cemal Öztürkler, **Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları**, Ankara, Seçkin, 2006, s. 55; Ayan, **a.g.e.**, ss. 54-56; Belgesay, **a.g.e.**, s. 76; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 825, 826; Yahya Deryal, **Sağlık Hukuku Problemleri**, Seçkin, b.y. yok, 2012, s. 180; Gürkan Sert, **a.g.e.**, s. 121; Günay, **a.g.e.**, s. 263.

²⁵ Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s. 537; Aydoğdu, Kahveci, **a.g.e.**, s. 791; Ergün, **a.g.e.**, s. 234; Günay, **a.g.e.**, s. 13.

yalnızca kusuru oranında olması ve gerekli özeni gösterdiği takdirde sonuca dair sorumluluğunun kalktığı hususları²⁶ göz önünde bulundurulduğunda, vekalet sözleşmesi hükümlerinin tıbbi müdahale sözleşmesine uygun olduğu görülmektedir. Ayrıca vekalet sözleşmesinde vekilin, yukarıda bahsi geçen sözleşmelere nazaran daha geniş ve serbest hareket alanına sahip olduğu hususu ile hekimin bulunduğu konum birlikte dikkate alındığında bu sözleşmenin tıbbi müdahale ilişkisine daha uygun olduğu görülmektedir. Bütün bu açıklamaların yanında, TBK'nın 502/2. maddesinde, kanunda düzenlenmeyen iş görme sözleşmelerine uygun düştüğü ölçüde vekalet sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Bu husus da dikkate alındığında, hekimlik sözleşmesi kanunda açıkça düzenlenmediğinden niteliklerine uygun düştüğü ölçüde bu sözleşmeye de vekalet sözleşmesi hükümleri uygulanacaktır²⁷. Nitekim yukarıdaki açıklamalar dikkate alındığında, kanunda düzenlenmiş diğer sözleşme hükümlerinin bu sözleşmeye uygulanması mümkün görünmemektedir.

Hekim bu ilişki içerisinde sahip olduğu bilgi ve beceri sayesinde güçlü pozisyonda iken hasta, hekim karşısında hastalığı sebebiyle zayıf ve korunmaya muhtaç bir durumdadır. Hekim-hasta ilişkisi içerisinde hastaya gerekli korumanın sağlanabilmesi için hastayı tıbbi müdahale ilişkisinin konusu olarak değil, bu ilişkinin süjelerinden biri olarak kabul etmek gerekir²⁸. Hastanın bir süje olarak korunduğu tıbbi müdahale ilişkisinde güven unsuru da oldukça önemlidir²⁹. Bu çerçevede genel kabule göre borçlar hukuku bakımından bir vekalet sözleşmesi olarak kabul edilen hekimlik sözleşmesinde hekime düşen asıl edim, hastayı tedavi etme borcudur³⁰. Hekim bu edimini güven ilişkisi içerisinde, meslek kurallarına uygun şekilde gerçekleştirmelidir. Bu doğrultuda hekimin tedavi şeklindeki esas edimi yanında bir takım yan borçları da gündeme gelmektedir³¹. Ayrıca vekalet sözleşmesinde vekile yüklenen en önemli yan borçlardan biri de TBK'nın 506/2. maddesinde düzenlenen sadakat ve özen borcudur.

²⁶ Karasu, **a.g.e.**, s. 31-41; Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s. 398, 547; Aydoğdu, Kahveci, **a.g.e.**, s. 794; Ergün, **a.g.e.**, s. 238.

²⁷ Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s. 543; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 825; Aydoğdu, Kahveci, **a.g.e.**, s. 791.

²⁸ Zeytin, **a.g.e.**, s. 82.

²⁹ M. Onursal Cin, "Tıp Etiği ve Cezai Sorumluluk", (Yayımlanmamış Doktora Tezi), **Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, 2004, s. 54.

³⁰ Ayan, **a.g.e.**, s. 64.

³¹ **A.e.**, s. 58.

Bu borç, kişisel edime bağlı ve özel güven ilişkisi niteliğini haiz hekimlik sözleşmesi bakımından da oldukça önemlidir³². Hekim-hasta ilişkisinin özünü oluşturan güven ilişkisi, hekime yüklenecek sır saklama yükümlülüğünün de doğrudan kaynağını oluşturmaktadır³³. Bunun yanında vekalet sözleşmesinde vekile yüklenen sadakat borcu, hem sözleşme ilişkisi devam ederken hem de sözleşme sona erdikten sonra devam edecek bir sır saklama borcunu da içerir³⁴ ki bu husus hekim-hasta ilişkisinde hekimin, sır saklama yükümlülüğünün de borçlar hukuku alanındaki dayanağını oluşturmaktadır.

1.2. Tedavi İlişkisi Bakımından Kişilik Haklarının İncelenmesi

1.2.1. Genel Olarak

Hekimin sır saklama yükümlülüğünün olduğundan bahsedilebilmesi için hastanın sırrının saklanmasına yönelik haklarına ve bu hakların dayanaklarına değinmek faydalı olacaktır. Bu bağlamda ilk olarak genel anlamıyla kişilik hakkı kavramı irdelenmelidir.

Medeni Hukuk anlamında kişilik hakkı doktrinde; “*kişinin toplum içindeki saygınlığını ve kişiliğini serbestçe geliştirmesini temin eden varlıkların tümü üzerindeki hak*”³⁵ olarak tanımlanmıştır. Görüldüğü üzere, kişilik haklarının kapsamı geniş tutulmuştur. Zira TMK’nın 24.³⁶ ve TBK’nın 58.³⁷ maddeleri ile düzenlenen

³² Günay, **a.g.e.**, s. 59, 60. Hekimlik sözleşmesinin hukuki niteliği bakımından diğer sözleşme türlerinin kabul edildiği durumlarda da sadakat ve özen borcu, söz konusu sözleşme ilişkisi bağlamında ortaya çıkacaktır. Zira hizmet sözleşmesi kabul edildiği durumda Türk Borçlar Kanunu’nun 396. maddesi, eser sözleşmesi kabul edildiği durumda 471. maddesi sadakat ve özen borcunun dayanağı olarak karşımıza çıkacaktır: Rahime Erbaş, **Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğü**, İstanbul, Onikilevha, 2015, s. 26, dn. 94.

³³ Zeytin, **a.g.e.**, s. 78; Aydoğdu, Kahveci, **a.g.e.**, ss. 800-801.

³⁴ Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s. 745, 746, 747; Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s. 551.

³⁵ Mustafa Dural, Tufan Ögüz, **Kişiler Hukuku**, C.II, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2021, s.100.

³⁶ **TMK Madde 24:** “*Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir.*”

³⁷ **TBK Madde 58:** “*Kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir.*”

ilgili hükümlerde de kişilik hakları sayma suretiyle sınırlandırılmamış, bu haklara ilişkin birer çerçeve hüküm getirilmiş ve içeriğinin doldurulması hâkime bırakılmıştır. Kişilik haklarının bu şekilde tek tek sayılarak sınırlandırılmamasının nedeni, sınırlı tutulacak bu kapsam ile kişilik hakkı konusundaki gelişmelerin önünün kapanmasının engellenmek istenmesidir³⁸. Nitekim Yargıtay da bu konuda kişilik hakkına geniş bir tanımlama getirmiştir. Bu tanıma göre; “*Kişinin doğumla kazandığı bağımsız varlığını ve bütünlüğünü oluşturan; hayat, beden ve ruh tamlığı, vicdan, din, düşünce ve çalışma özgürlüğü, onuru, ismi, resmi, sırları ile aile bütünlüğü, sosyal ve duygusal değerlerinin tümü kişilik haklarını oluşturur...*”³⁹

Kişilik haklarına dair yapılan tanımlama ve açıklamalardan yola çıkarak kişinin yaşamının kişilik haklarıyla koruma altına alındığı anlaşılmaktadır. Yine çalışmanın ilerleyen bölümlerinde de değinileceği üzere, beden ve ruh varlıklarına ilişkin kişilik haklarının içinde yer alan yaşam hakkının, sağlık hakkını da içerdiği anlaşılmaktadır.

Genel olarak insan hakları ise bireylerin doğuştan yahut sonradan edindiği her türlü durum, özellik ya da statüden bağımsız olarak yalnızca insan olması hasebiyle sahip olduğu haklar olarak kabul edilmektedir⁴⁰. Nitekim İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi’nde de bireylerin hiçbir ayırım gözetilmeksizin düzenlenen haklardan yararlanacağı belirtilmiş olmakla bu sav desteklenmektedir.

İnsan hakları bakımından kişiliği inceleyen bir görüşe göre, bireyler biri insani diğeri hukuksal olmak üzere iki yönlü kişiliğe sahiptir. İnsani açıdan bireyin sahip olduğu kişiliği, onu diğer insanlardan ayırmaya yarayan özelliklerini; hukuksal açıdan kişiliği ise insani kişiliğin, özüne yakışır şekilde hayata geçirilmesini sağlayacak olanakları ifade etmektedir. Bu doğrultuda insani kişiliğin hayata geçirilmesinin

³⁸ Karasu, **a.g.e.**, s. 5.

³⁹ Yargıtay 4.HD. 2007/9996 E. 2008/5096 K. sayılı 10.04.2008 tarihli kararı. Yargıtay güncel kararlarında da kişilik haklarını kişisel varlıkların korunmasıyla ilişkilendirmiş, kişisel varlıklar da bedensel ve ruhsal tamlik ve yaşam ile nesep gibi insanın insan olmasından güç alan varlıklar ya da kişinin adı, onuru ve sır alanı gibi dolaylı varlıklar olarak tanımlamıştır. İlgili kararları için bkz. 4.HD. 2018/663 E. 2018/2456 K. sayılı, 29.03.2018 tarihli kararı; 4.HD. 2018/465 E. 2018/3217 K. sayılı 24.04.2018 tarihli kararı, (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> 23 Eylül 2022.

⁴⁰ Mehmet Emin Çağran, **Uluslararası Alanda İnsan Hakları**, Güncellenmiş 4. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2020, s. 25.

birtakım yeteneklerin geliştirilmesi ile mümkün olacağı ve bu durumun da hak ve özgürlüklerin ortaya çıkışı sonucunu doğuracağı belirtilmiştir. Bahsi geçen insani kişiliğin fiziksel, ahlaki ve kültürel açılardan gelişmesi ile *bireysel hak ve özgürlükler*; bireylerin parçası oldukları toplum içerisinde diğer bireyler ile etkileşimleri sırasında zayıf ve korumasız durumda olanların korunması amacıyla da *sosyal ve ekonomik hak ve özgürlükler* ortaya çıkmaktadır⁴¹.

Bu iki hak kategorisinin birlikte meydana getirdiği *İnsan Hakları Öğretisi*, bireysel hak ve özgürlükler çerçevesinde insanın soyut varlığının, yine insan onuruna yaraşır şekilde gelişmesini, bunun yanında sosyal ve ekonomik hak ve özgürlükler çerçevesinde insanın toplum içindeki somut varlığının da özellikle zayıf olanların korunması şeklinde gelişmesini sağlamayı amaçlamaktadır. Bireysel hak ve özgürlüklerin gerçekleştirilmesi için devletten bu haklara saygı göstermesi ve pasif olması; sosyal ve ekonomik hak ve özgürlüklerin hayata geçirilmesi bakımından da aktif bir rol alması ve bu hakların yerine getirilmesini sağlaması beklenir. Bu bakımdan genel olarak insan hakları, hukuka yol gösteren idealler olarak da nitelendirilmektedir⁴².

1.2.2. Yaşam Hakkı

Genel olarak anayasalarda ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda da düzenlenen yukarıda bahsettiğimiz bireysel kişilik hakları, bu metinlerde insan hak ve özgürlükleri olarak ele alınır. Bu hak ve özgürlükler kendiliğinden ortaya çıkmış, kişiye sıkı sıkıya bağlı, insan olmaktan kaynaklı, devredilemez ve vazgeçilemez hak ve özgürlüklerdir. Bu bağlamda bu temel hak ve özgürlükleri kullanabilmenin, haklara sahip olmak ve borç altına girebilmenin yani ehliyetin ve en temelde kişiliğin ön şartı da yaşamaktır. Bireylerin yaşamları sona erdiğinde diğer hakları da sona erer⁴³. Bu şekilde insanın insan olmasından kaynaklanan temel haklarının yani bireysel kişilik haklarının en başında bireyin bedensel bütünlüğünü korumaya yönelik olan yaşam ve sağlık hakkı gelmektedir. Toplumu bir yığın olmaktan çıkarıp anlamlı hale getiren ve

⁴¹ Bahri Savcı, **Yaşam Hakkı ve Boyutları**, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No: 449, İnsan Hakları Merkezi Yayınları No: 1, 1980, ss. 1-2.

⁴² Savcı, **a.g.e.**, s. 3, 4, 5; Çağırın, **a.g.e.**, s. 36.

⁴³ **A.e.**, s. 129.

diğer hakların varlığını da anlamlı kılan yaşam hakkı, bu açıdan en temel hak ve özgürlüktür⁴⁴. Yaşam hakkı kişilikten ayrı düşünülemez, sınırlanamaz ve dahi kişinin kendisinin bile bu haktan feragat etmesi mümkün değildir. Nitekim yaşam hakkının bizatihi kendisi bir öz olduğundan yaşam hakkının hiçbir şekilde sınırlanması mümkün değildir⁴⁵. Bu bakımdan genel anlamıyla yaşam hakkı doktrinde; insanın fiziki, biyolojik ve psikolojik varlığı ile bu varlığına doğumla birlikte eklenen ahlaki ve kültürel kimliğinin ve hukuksal anlamda tanınan kişiliğinin her türlü dış etki ve yaşam risklerinden korunması, şeklinde tanımlanmaktadır⁴⁶.

Bu bağlamda birçok hukuksal metinde zikredilmeye gerek dahi görülmeyecek derecede temel haklardan olan hatta bu bakımdan biricik olan yaşam hakkının, önceliği ve önemi açıkça anlaşılmaktaysa da anayasamız dahil olmak üzere birçok hukuki metinde özellikle vurgulanan hakların başında gelmektedir⁴⁷. Gerçekten de yaşam hakkı çok temel ve evrensel bir hak olarak anayasaların yanı sıra 1215 tarihli Magna Carta, 1689 tarihli Bill of Rights ve 1776 tarihli Virginia İnsan Hakları Bildirisi gibi ulusal ve 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, 1950 tarihli İnsan Hakları ve Ana Özgürlüklerini Korumaya Dair Sözleşme (Roma Sözleşmesi) ve 1961 tarihli Avrupa Sosyal Hakları Temel Yasası gibi uluslararası birçok hukuksal metinde doğrudan veya dolaylı olarak yer almıştır⁴⁸.

Yine bu metinlerden biri olan ve önemine binaen değinmekte yarar gördüğümüz 1948 İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi 3. maddesinde özel olarak yaşam hakkını düzenlemektedir. Bu madde ile yaşamak, özgürlük ve kişi güvenliğinin herkesin hakkı olduğu vurgulanmış, 5. madde ile de işkence yapılamayacağı, insanlık dışı ve onur kırıcı davranışta bulunulamayacağı belirtilmiştir⁴⁹.

⁴⁴ Savcı, **a.g.e.**, s. 12.

⁴⁵ Hasan Tahsin Gökcan, **Hasta Haklarının Bireysel Başvuru Yoluyla Korunması: Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları**, Ed. Özge Yücel, Gürkan Sert, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, Seçkin, 2021, ss. 157-205, s. 159.

⁴⁶ Gökcan, **Hasta Haklarının Bireysel Başvuru Yoluyla Korunması: Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları**, s. 158; Savcı, **a.g.e.**, s. 14.

⁴⁷ Savcı, **a.g.e.**, s. 7, 8.

⁴⁸ **A.e.**, ss. 156-159.

⁴⁹ Resmi Gazete, 27 Mayıs 1949, Sayı: 7217, sayfa: 16199, o günkü sayfa: 2, (Çevrimiçi) <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/7217.pdf>, 16 Ocak 2021.

Ulusal ve uluslararası belgelerin yanı sıra dünya üzerinde birçok anayasa da doğrudan yaşam hakkını düzenlemiş yahut vurgulamıştır. Türkiye'deki durum incelendiğinde ise Hanefi Mezhebine dayalı hukuk anlayışına sahip olan Osmanlı Devleti, Yaratıcı'nın verdiği bir lütuf olan yaşam hakkının devlet düzenine ve toplum yaşamına hizmet eder nitelikte olduğunu ancak Batılı anlamda devleti ve devletin başındaki kişileri sınırlayıcı herhangi bir işleve sahip olmadığını kabul etmekteydi. Batılı anlamda yaşam hakkı anlayışı Türkiye'de ilk olarak Tanzimat Fermanı ile kabul görmeye başlamışsa da devleti bu açıdan sınırlama düzeyine ulaşmamıştır. Bu aşamaya Islahat Fermanı ile bir nebze daha yaklaşılmış olduğu belirtilebilecektir. Zira Islahat Fermanı'nın can güvenliğinin korunması anlayışını toplumda ve devlet geleneğinde daha da yerleştirmeye çalışan bir anlayış getirmeyi amaçladığı kabul edilebilir⁵⁰.

Bütün bu düzenleme ve gelişmelerden sonra Osmanlı Devleti'nin ilk anayasası olan Kanun-u Esasi'de ise can güvenliğinin dokunulmazlığı ve işkence yasağı vurgulanmak suretiyle yaşam hakkı doğrudan düzenlenmiş bulunmaktadır⁵¹. Bu düzenlemelerden sonra 1924 Anayasası'nda da 71 ve 73. maddeler ile can güvenliği korunmuş ve işkence yasağı gibi beden bütünlüğü ve yaşam hakkını koruyucu hükümlere yer verilmiştir⁵². Geniş hak ve özgürlükler yelpazesi sunan 1961 Anayasası ise doğal olarak yaşam hakkına açıkça yer vermiş, 14. maddede herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı olduğunu düzenlemiştir.

1982 Anayasası'nda ise 17. maddede 1961 Anayasası'nın 14. maddesine çok benzer bir düzenleme ile yine herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Madde metninden anlaşılacağı üzere hakkın öznesi herkestir. Bu noktada yaşamın başlangıcı ve sonunun belirlenmesi bahsi önem taşımaktadır. Yaşamın başlangıcıyla ilgili doktrinde tartışmalar olsa da yaşamı, genel kabul gören anlayışa göre tam ve sağ doğumla başlayıp ölümle sona eren süreç olarak kabul etmek mümkündür. Zira Anayasa Mahkemesi doğmamış bir çocuğun ceza

⁵⁰ Savcı, **a.g.e.**, ss. 160-164.

⁵¹ **A.e.**, s. 164.

⁵² 1924 Anayasası, (Çevrimiçi) <https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/onceki-anayasalar/1924-anayasasi/> , 17 Ocak 2021.

hukuku bağlamında insan olarak kabul edilmediğini ancak bu haldeki çocuğun miras hakkı gibi diğer birtakım haklarının korunması bakımından Türk hukuk sistemindeki diğer hükümlerin saklı tutulduğunu belirtmektedir⁵³. Bu sebeple insan yaşamının doğumla başladığı kabul edilmektedir. Yaşamın sonu ile ilgili olarak da ulusal hukukta ölüm hali “tıbben beyin ve kalp ölümü” olarak tanımlanmıştır. Ölüm, sağlık personeli tarafından tespit edildiğinde resmiyet kazanır⁵⁴. Yaşam hakkı işte bu zaman dilimini kapsayan yaşam denilen olgunun her yönüyle koruma altına alınmasını amaçlar.

Yaşam hakkının yükümlülük yüklediği gruplar devlet ve ilgili kamu tüzel kişileri olarak kabul edilmektedir⁵⁵. Bugün yürürlükte bulunan 1982 Anayasası’nın ilgili hükümleri gibi tarafı olduğumuz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 2. maddesi de doğrudan yaşam hakkını düzenlemektedir. Sözleşmenin bahsi geçen bu maddesi uyarınca herkes yaşam hakkına sahiptir ve yaşam hakkı yasalarla korunmalıdır⁵⁶. Bu itibarla taraf devletlere bu yönde yasal düzenleme yapmak yükümlülüğü getirilmiştir.

Doktrinde mevcut bir görüşe göre yaşam hakkı, dar anlamıyla yaşamayı konu alır ve yaşamın devamını güvence altına almayı taahhüt eder. Bunun yanında bu görüş yaşamın kalitesi ve niteliği ile ilgili konuların doğrudan yaşam hakkı kapsamında incelenmemesi gerektiğini, zira bu hususların yaşam hakkını değil haklar kategorisinde başka bazı hakları ilgilendirdiğini ve bu haklar kapsamında incelenmesi gerektiğini savunmaktadır⁵⁷.

Bizim de katıldığımız görüşe göre, yaşam hakkı yalnızca canlı olmayı değil bunun yanında birtakım koşullara sahip olmayı da gerektirir ki bu da sağlıklı yaşama hakkını beraberinde getirmektedir⁵⁸. Sağlık hakkını destekleyen birçok hasta hakkı ve

⁵³ Bkz. **Anayasa Mahkemesi, Zeki Kartal Başvurusu**, B. no. 2013/2803, Tarih: 21.01.2016, p. 74, 75, 76, 77.

⁵⁴ Osman Doğru, **Yaşama Hakkı**, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-5, s. 7-11.

⁵⁵ Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk, **Anayasa Hukuku Açısından Sağlık Hakkı (Ulusal ve Uluslararası Boyutuyla)**, b.y. yok, Legal Yayıncılık, 2012, s. 108.

⁵⁶ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, (Çevrimiçi) https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf, 21 Ocak 2021.

⁵⁷ Doğru, **a.g.e.**, s. 3.

⁵⁸ Üzeltürk, **a.g.e.**, s. 108.

dahi mahremiyet hakkına yapılacak müdahaleler doğrudan yaşam hakkı ile bağlantılı ve bu hakkın etkili kullanılmasını etkileyen sonuçlar doğurmaktadır.

Yaşam hakkı fiziksel, biyolojik ve hatta psikolojik yönden beden bütünlüğünü gerektirir. Bu bakımdan örneğin herhangi bir kötü davranışa, hakarete ve alaya maruz kalmak bile kişinin beden bütünlüğünün dokunulmazlığını ve bu şekilde sağlıklı biçimde gelişimini etkiler⁵⁹. Ayrıntıları ileride açıklanacak olmakla birlikte, burada da kısaca değinilmesinde fayda bulunan bir husus da şudur: Araştırma konusu olan hekimin sır saklama yükümlülüğü; mahremiyet hakkı, sağlık hakkı ve en sonunda yaşam hakkı şeklindeki kümülatif haklar sıralamasını etkilemesi dışında, beden bütünlüğünü de doğrudan etkileyebilecektir. Nitekim en küçük bir hakaret ve alay bile doğrudan beden bütünlüğünün psikolojik açıdan dokunulmazlığını etkileyecektir. Kişinin sağlık kuruluşuna başvurarak sağlık çalışanlarına tedavisi için açmak zorunda kaldığı sırlarının, hekimin ve diğer sağlık çalışanlarının sır saklama yükümlülüklerine aykırı davranması nedeniyle açığa çıkması durumunda üçüncü kişiler tarafından maruz bırakılacağı hakaret ve alay gibi davranışlar, yaşam hakkının en temel getirilerinden biri olan beden bütünlüğünün dokunulmazlığının psikolojik açıdan etkilenmesi anlamına gelmektedir. Bu da en kısa anlatımla sır saklama yükümlülüğünün doğrudan yaşam hakkını etkilediği anlamına gelmektedir.

Hakların sınıflandırması alanında, klasik hak sınıflandırması olarak bilinen *Jellinek*'in sınıflandırmasına göre negatif statü haklarından olan yaşam hakkı, bu hak kategorisindeki diğer haklar gibi devletin müdahale etmeme yükümlülüğüne tabidir. Devlet, bireylerin yaşam hakkına, vücut bütünlüğüne ve dolayısıyla sağlığına yönelik her türlü müdahaleden kaçınmalı, bu haklara üçüncü kişiler tarafından yapılacak müdahaleleri de önlemelidir. Öte yandan çalışma konumuz bakımından önem arz eden ve ileride incelenecek olan sağlık hakkı ise bu hak kategorisinde pozitif statü haklarından biri olarak ele alınmaktadır. Ekonomik ve sosyal hakları kapsayan bu hak kategorisindeki diğer haklar gibi sağlık hakkı da devletin olumlu bir müdahalesini gerektirmekte, her bir bireyin eşit şartlarda sağlık hizmetlerine erişimini sağlama yükümlülüğü gibi yükümlülükler yüklemektedir. Bunun yanında başka bir hak

⁵⁹ Savcı, a.g.e., ss. 81-82.

sınıflandırması sistemi olan ve *Karel Vasak* tarafından yapılan kuşak sınıflandırmasında da yaşam hakkı birinci kuşak haklar arasında yer almaktadır. Dolayısıyla bu sınıflandırmaya göre yaşam hakkı tarihsel süreç bakımından daha önce ortaya çıkmış ve bireyi ön planda tutan bir hak iken aşağıda incelenecek olan sağlık hakkı ise ikinci kuşak haklar arasında yer almaktadır⁶⁰.

Yaşam hakkını da içine alan bireysel kişilik hakları, genel olarak doktrinde genel olarak negatif statü hakları yani devleti edilgen davranmaya iten, devlete yapmama etmeme şeklinde negatif edimler yükleyen haklar olarak bilinse de Anayasa Mahkemesince de kabul edilen görüşe göre devletin yaşam hakkı ve beden bütünlüğü gibi hakları alanında pasif edim yükümlülüklerinin yanında aktif edim yükümlülükleri de bulunmaktadır⁶¹. Bu açıklamalar devletin, bireylerin yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlığını geliştirme haklarına müdahale etmemek şeklindeki pasif yükümlülüğünün yanında, bu ortamı hazırlamak ve üçüncü kişilerin de bu alana müdahalesini önlemek şeklinde aktif yükümlülüğünün de bulunduğu işaret etmektedir.

Bireyin sağ ve tam olarak dünyaya gelmesi, sağlıklı şekilde ve varlığının her yönü ile gelişimini ve devamını sağlaması, yalnızca yaşamın sürdürülmesi değil, nitelikli şekilde sürdürülmesinin sağlanması bakımından devletlere yukarıda da ifade ettiğimiz üzere pozitif ve negatif birçok edim yükümlülüğü düşmektedir. Devlete bu bakımdan düşen sorumluluk, doktrinde mevcut bir görüşe göre “*yaşatmacılık kuralı*” olarak adlandırılmaktadır⁶². Buna göre bireyin hukuk karşısında sahip olduğu bireysel hakların en başında yer alan beden bütünlüğü hakkı bağlamında doğal olarak gerçekleşecek bir ölüm yahut kaza haricindeki herhangi bir etkenle bu beden

⁶⁰ Hakların sınıflandırılması ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Aydın Turhan, “İnsan Hakkı Kuşakları Arasındaki Tamamlayıcılık İlişkisi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4, S. 2, 2013, ss. 357-378, s. 368, 369.

⁶¹ Bkz. AYM 2007/78 E. 2010/120 K. sayılı 30.12.2010 tarihli kararı; AYM *Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, B. No: 2012/752, 17.09.2013, p. 50; AYM *Hüsniye Yıldırım*, B. No: 2018/37780, 20.10.2020, p. 23’te Serpil Kerimoğlu ve diğerleri başvurusuna atıfla, Anayasa’nın 17. maddesi ile yine Anayasa’nın “Devletin Temel Amaç ve Görevleri” başlıklı 5. maddesi ile birlikte değerlendirilerek yaşam hakkının devletlere pozitif ve negatif edim yükümlülüğü getiren bir hak olduğu ifade edilmiştir, (Çevrimiçi) <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2012/752> , <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2018/37780> 30 Haziran 2022.

⁶² Bkz. Savcı, *a.g.e.*, ss. 78-90.

bütünlüğü hakkına hâlel gelmesini önlemek gerekmektedir. Bunun yanında çeşitli düzenlemelerde yer alan kişi özgürlüğü ve güvenliği gibi ifade ve olguların yaşam hakkı ve beden bütünlüğü ile ilişkili olduğu da dikkate alınmalıdır⁶³. Doğrudan yaşam hakkı ve beden bütünlüğüne yönelik olanlar dışında bu şekildeki düzenlemeler de göz önünde bulundurulduğunda, devlete bu alanda oldukça geniş bir yükümlülük alanı doğduğu gerçeği ortaya çıkmaktadır.

AIHM'nin bazı kararlarında da yaşam hakkının, insanın vazgeçilmez bir özniteliği olduğu ve insan hakları hiyerarşisinin en üstün değeri olduğu ifade edilmiştir⁶⁴. Yaşam hakkı en temel haklardan biridir, ancak bu hakkın bazı sebeplerle sınırlanabilmesi mümkündür. Bu nedenle bu hakkın mutlak hak niteliğine sahip olamayacağı şeklindeki bir görüş⁶⁵ mevcut olduğu gibi hayat, sağlık ve vücut bütünlüğüne ilişkin hakların da kişilik haklarından sayıldığını belirten ve herkese karşı ileri sürülebilen haklar olmaları hasebiyle bu hakları mutlak hak olarak nitelendiren karşı bir görüş⁶⁶ de bulunmaktadır.

Yukarıda değindiğimiz AIHS'nin 2. maddesi ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 17. maddesi, yaşam hakkı ve beden bütünlüğü bakımından getirilebilecek bazı sınırlamalara yer vermiştir⁶⁷. Örneğin Türkiye Cumhuriyeti Anayasası 17. madde kapsamında getirilen sınırlamalardan biri, araştırma konumuz ile de yakından bağlantılı olan tıbbi zorunluluk halleridir ki bu hallerde bazı koşullar çerçevesinde beden bütünlüğüne müdahale sayılabilecek davranışlar hukuka uygun kabul edilebilmektedir. Ancak anılan madde hükümlerinde sayılanlar dışındaki başka sınırlama sebepleri ile yaşam hakkına müdahale edilmesi mümkün değildir.

Bunun yanında yine yukarıda belirttiğimiz gibi yaşam hakkı ve beden bütünlüğünün dokunulmazlığı, devletlerin yükümlülükleri bağlamında, devletin yetki

⁶³ Savcı, **a.g.e.**, ss. 155-156.

⁶⁴ Streletz, Kessler And Krenz v. Almanya Kararı, Başvuru No: 34044/96, 35532/97, 44801/98 Karar Tarihi: 22.03.2001, p. 94, (Çevrimiçi) [https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:\[%22%22CASE%20OF%20STRELETZ,%20KESSLER%20AND%20KRENTZ%20v.%20GERMANY%22%22\].%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-59353%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:[%22%22CASE%20OF%20STRELETZ,%20KESSLER%20AND%20KRENTZ%20v.%20GERMANY%22%22].%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-59353%22]}) 24 Ocak 2021.

⁶⁵ Doğru, **a.g.e.**, s. 4.

⁶⁶ Dural, Ögüz, **a.g.e.**, s.104.

⁶⁷ Doğru, **a.g.e.**, s. 4.

alanı içerisinde bulunan herkes için geçerlidir. Nitekim AİHS 1. maddesi, sözleşme dâhilinde zikredilen haklardan, sözleşmecî devletlerin yetki alanındaki her bireyin yararlanabileceğini vurgulamıştır.

Bu bağlamda Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve AİHS bireylerin yaşama hakkının gerçekleştirilebilmesi için devletleri yükümlü kılmıştır. Devletler de iç hukuklarında yaptıkları hukukî, cezai ve idari düzenlemelerle, üçüncü kişilerin de bireylerin yaşam hakkına müdahalesini önleyeceklerdir⁶⁸. Belirtilmelidir ki yaşam hakkının beraberinde getirdiği ödev ve sorumluluklar yalnızca devletler bağlamında değil, bireyler özelinde de sonuç doğurmaktadır. Buna göre herkes başkalarının hayatlarına saygı göstermek zorunda olduğu gibi kişinin kendisi de kendi hayatına, maddî ve manevî varlığına saygı göstermek ve onu korumak yükümlülüğü altındadır⁶⁹.

Devletin bahsi geçen yükümlülükleri açısından önemli bir alan da araştırma konumuz bakımından önemli olan sağlık hizmetleridir. Nitekim bütün bu açıklamalarımızdan sonra kişi için en temel haklardan biri olan yaşam hakkı hayat, sağlık ve vücut bütünlüğü üzerindeki hak olarak tanımlanabilir. Dolayısıyla yaşam hakkı dediğimiz bu temel hak, kişinin yaşamıyla ilgili değerleri ve özellikle sağlığını ve vücut bütünlüğünü korumaktadır. Sağlık hizmetlerinin yerine getirilmesi sırasında uygulanan yöntemler, teşhis ve tedavi biçimi ve hatta en başta sağlık hizmetlerine erişim ile ilgili sorunlar bakımından devletin doğrudan öldürme gibi bir faaliyeti veya öldürme kastı olamayacağı açıktır. Ancak sağlık hizmetine doğru şekilde erişim ve doğru teşhis ve tedavi konusunda çeşitli ihmalleri olması durumunda da devletin bireylerin yaşam hakkını ihlal ettiği sonucuna ulaşılabilir⁷⁰. Bu bakımdan yaşam hakkından sonra araştırma konumuz bakımından incelenecek en önemli hak yaşam hakkı ile doğrudan bağlantılı olduğunu yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda da tespit ettiğimiz sağlık hakkıdır.

Sağlık hizmetlerinden yararlanmak ve dolayısıyla tıbbî müdahale faaliyeti, sağlık hakkını etkilemesi dışında, doğrudan yaşam hakkının bir gereği olan beden

⁶⁸ Doğru, **a.g.e.**, s. 4.

⁶⁹ Karasu, **a.g.e.**, s. 8.

⁷⁰ Doğru, **a.g.e.**, s. 132.

bütünlüğünün tıbbi zorunluluklar halinde bireyin yararına ihlal edilmesini zorunlu kılan durumlardan biri olarak kabul edilebilir. Bu hallerde de söz konusu hakka müdahalenin yalnızca zorunlu olduğu ölçüde yapılması gerekmekte ve yaşam hakkı etkili araçlarla koruma altına alınmalıdır. Devletin bireylerin yaşam hakkını korumaya yönelik yükümlülükleri incelendiğinde, yukarıda bahsettiğimiz pozitif yükümlülükleri bireylerin yaşam hakkını tehlikeye atacak her türlü faaliyet bakımından geçerlidir⁷¹. Araştırma konusu bakımından önemli olan kısım da burasıdır. Zira hekim veya diğer sağlık personeli tarafından sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranılması sonucunda hastalar, tedavi olmaktan kaçınabilecektir. Bu durumda hastanın sağlık hakkına erişimi dolaylı şekilde engellenmiş olacağından yaşam hakkı olumsuz etkilenecektir. Dolayısıyla devletin sorumluluğu ortaya çıkacaktır. Zira yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, devlet bireyin yaşam hakkını etkileyecek her türlü faaliyet bakımından yaşam hakkını korumak şeklinde pozitif yükümlülüğe sahiptir. Devlet bu yükümlülüğünü, hekim veya diğer sağlık personelinin sır saklama yükümlülüğünün gerçekleştirilmesi için kanuni düzenlemeler yaparak ve ilgili olaylarda ceza ve hukuk yargılaması bakımından gerekli işlemleri yerine getirerek sağlayacaktır.

Yukarıda incelenen hak kategorileri bakımından farklı hak kategorilerinde yer almalarına rağmen sağlık hakkı ve yaşam hakkını birbirinden ayrı, bütünüyle bağımsız haklar olarak ele almak ve incelemek mümkün değildir. Yaşam hakkı, kişinin beden bütünlüğü içerisinde sağ ve tam olarak ve tam bir esenlik içerisinde yaşaması olarak algılanmalıdır. Ayrıca bu hak, yalnızca bedensel fonksiyonların çalışması olarak değil, kaliteli ve her yönüyle tam bir esenlik içerisinde olmayı da kapsamalı, yaşam hakkının içi bu şekilde doldurulmalıdır. Zira insan haklarına ve özellikle yaşam ve sağlık hakkına ilişkin düzenlemeler, hayatın salt devamını değil nitelikli şekilde ve belli standartlar çerçevesinde sürdürülmesini vurgulamaktadır⁷².

⁷¹ Doğru, **a.g.e.**, s. 131.

⁷² Çağırın, **a.g.e.**, s. 129.

1.2.3. Sağlık Hakkı

Belirttiğimiz gibi yaşam hakkının gerçek anlamını bulabilmesi için özellikle sağlık hakkı gibi birtakım haklarla tamamlanması gerekmektedir. Sağlık, yaşam hakkının en önemli gereklerinden biridir⁷³.

Türk Dil Kurumu'na göre sağlık, “*Bireyin fiziksel, sosyal ve ruhsal yönden tam bir iyilik durumunda olması, vücut esenliği, esenlik, sıhhat, afiyet.*”⁷⁴ şeklinde tanımlanmıştır. Bu bakımdan yalnızca vücudun sağ olmasının çok daha ötesinde bir anlam ihtiva ettiği görülmektedir. Yine Dünya Sağlık Örgütü Anayasasında da “*sağlık, fiziksel, zihinsel ve sosyal anlamda tam bir iyilik hali*” olarak tanımlanmış ve yalnızca hastalık ve sakatlığın bulunmaması olarak algılanmaması gerektiği vurgulanmıştır⁷⁵. Bunların yanında Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin sağlık hakkına ilişkin 12. maddesini konu alan 14 numaralı Genel Yorum metninde, sağlığın yalnızca hasta olmama hali değil, sağlıklı ve güvenli bir çevre, yiyecek ve yeterli sağlık koşulları gibi birtakım unsurlarla yakından ilişkili bir kavram olduğundan bahsedilmiştir⁷⁶. Bütün bu tanımlardan ve yaklaşımlardan hareketle genel kabul, sağlık kavramından anlaşılması gerekenin fiziksel, ruhsal, sosyal ve zihinsel bakımdan ulaşılabilecek en yüksek derecede iyi olma hali olduğudur⁷⁷.

Genel olarak, insan hakları düzleminde sağlık hakkının *Jellinek* tarafından yapılan ayırırda ikinci kategori pozitif statü haklarından biri olduğuna yukarıda değinilmişti. Dolayısıyla bu hak, isteme haklarına veya sosyal haklar diyebileceğimiz hak grubuna dahildir. Doktrinde sosyal hakların insan hakkı olarak kabul edilip edilemeyeceği hususunda iki farklı yaklaşım mevcuttur⁷⁸. Bunlardan ilki sosyal hakların doğuştan sahip olunan şeylere dayanmadığı, esasen yalnızca negatif statü haklarının insan hakkı olarak kabul edilebileceği ve dolayısıyla sosyal haklara insan

⁷³ Karasu, **a.g.e.**, s. 8.

⁷⁴ Türk Dil Kurumu Sözlüğü (Çevrimiçi) <https://sozluk.gov.tr/> 26 Ekim 2021.

⁷⁵ CONSTITUTION OF THE WORLD HEALTH ORGANIZATION (Çevrimiçi) https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf 14 Şubat 2021.

⁷⁶ Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi Genel Yorum No: 14, p. 4, (Çevrimiçi) <https://ihop.org.tr/ekonomik-sosyal-ve-kultuerel-haklar-komitesi/> 26 Ekim 2021.

⁷⁷ Üzeltürk, **a.g.e.**, s. 5.

⁷⁸ Sosyal hakların hak olarak kabul edilip edilemeyeceğine yönelik tartışma hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **A.e.**, ss. 8-13.

hakkı olarak öncelik verilemeyeceği şeklindedir. Diğer yaklaşım ise sağlık hakkı gibi sosyal hakların, diğer hakları tamamlayıcı bir misyon üstlendikleri, bu bakımdan esasen sosyal hakların da insan hakkı olarak kabul edilmesi gerektiği şeklindedir. Özel olarak sağlık hakkının hak niteliği incelendiğinde ise yaşam hakkını destekleyici olması, insan onuru ile yakından ilgili olması ve devlete yalnızca pozitif edim yükümlülüğü değil; negatif edim yükümlülüğü de yükleyen durumları beraberinde getirmesi⁷⁹ hususları göz önünde bulundurulmalıdır. Buradan hareketle sağlık hakkının da diğer insan hakları gibi bir hak olarak kabul edilmesi gerekecektir. Sağlık hakkının pozitif hak olarak kabulünün yanında, bir insan hakkı olarak negatif edim yükümlülüğü de doğurduğuna yönelik kabul, Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesinin sağlık hakkına ilişkin 14 numaralı Genel Yorum metninde ifade edilen, devletlere yüklenen üç tür yükümlülük bahsiyle de örtüşmektedir. Zira 14 numaralı Genel Yorum metninde bu hakka saygı duyma, koruma ve gerçekleştirme yükümlülüğünden bahsedilmiştir. Saygı duyma yükümlülüğünün, devletin kendisi ve üçüncü kişilerin müdahalesine karşı bireyleri koruması şeklinde hayata geçirileceği hususu göz önünde bulundurulduğunda sağlık hakkının genel olarak bir pozitif statü hakkı olarak tanınmasına karşın bir yönüyle negatif statü haklarıyla da benzerlik gösterdiği anlaşılmaktadır.

İnsan haklarına ilişkin *Ioanna Kuçuradi* tarafından yapılan ayırım ele alındığında ise haklar, grup hakları ve kişi hakları olarak incelenmektedir. Kişi hakları da ikiye ayrılmakta, ilk grup olan temel kişi hakları grubu, kişinin olanaklarını gerçekleştirilmesiyle ilgili olup ikinci grup olan yurttaşlık hakları ise kişinin olanaklarını gerçekleştirebilmesinin ön koşulu olan haklardır ki sağlık hakkı da bu haklardan biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Bütün bunların yanında sağlık hakkını, üç çekirdek hak kategorisi şeklinde incelemek de mümkündür. Bunlardan ilk ikisi sağlık hizmeti sağlamaya, hastalıkların önlenmesine, tıbbi kaynaklara ulaşılmasına yönelik olmasına karşın, üçüncü grup çekirdek hak tıbbi kayıtların gizliliği hakkını da içeren sağlık hizmeti sağlayıcılara karşı ileri sürülebilecek haklardan oluşmaktadır.

⁷⁹ Üzeltürk, **a.g.e.**, s. 13.

Sağlık hakkının içerdığı bu üçüncü grup haklar, sağlık hakkının negatif bir hak olması niteliğini pekiştirmektedir⁸⁰.

Yapılan bu tanımlar doğrultusunda her açıdan ulaşılabilecek en yüksek derecede iyi olma hali, öznesi her insan olan sağlık hakkı olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak belirtilmelidir ki bu hak bireylere kendilerine kusursuz bir sağlık vadedilmesini ve bunun sağlanmasını talep etme hakkı vermemektedir. Zira yaşam hakkı bireylerin sonsuza kadar yaşamasını garanti etmediği gibi sağlık hakkı da bireylere bu şekilde kusursuz bir sağlık durumuna sahip olmayı garanti etmemektedir⁸¹.

Sağlık hakkı ulusal ve uluslararası birçok düzenlemeye konu olmuştur. Bu çerçevede 1961 Anayasası'nın 49. maddesi doğrudan sağlık hakkını düzenlemekte ve bu başlığı taşımaktaydı⁸². Bunun yanında bu anayasanın "Kişi Dokunulmazlığı" ve "Özel Hayatın Gizliliği" başlıklı 14 ve 15. maddelerinin de sağlık hakkı ile ilişkili düzenlemeler olduğu kabul edilmektedir⁸³. Bundan sonra 1982 Anayasası'nın "Kişinin Dokunulmazlığı, Maddi ve Manevi Varlığı" başlıklı 17. maddesi ve "Sağlık Hizmetleri ve Çevrenin Korunması" başlıklı 56. maddesi ile doğrudan olmasa da dolaylı yoldan düzenlenen sağlık hakkı, birçok uluslararası metinde de yer almış olup genel olarak sağlığın mutlak olarak garanti altına alınması değil, "*ulaşılabilecek en yüksek sağlık standardı*" şeklinde anlaşılmış ve ifade edilmiştir⁸⁴. Sağlık hakkının taraf devletler ve uluslararası örgütler bakımından hukuki bağlayıcılığının kaynağını teşkil eden uluslararası düzenlemelerin tarihi gelişim süreci ise 19. yüzyılda Sanayi Devriminin etkisi ile ortaya çıkmıştır. Öncelikle 1945 Birleşmiş Milletler Konferansı'nda ele alınarak Birleşmiş Milletler Şartı'nın 55. maddesinde sağlık hakkından bahsedilmiştir⁸⁵. 1948 İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 25. maddesinde de devletlere düşen yeterli yaşama standardını sağlama yükümlülüğü

⁸⁰ Üzeltürk, **a.g.e.**, s. 17, 18, 104.

⁸¹ **A.e.**, s. 6, 28.

⁸² 1961 Anayasası, (Çevrimiçi) <https://www.anayasa.gen.tr/1961ay.htm> 04 Kasım 2021.

⁸³ Üzeltürk, **a.g.e.**, s. 104.

⁸⁴ Ezeli Azarkan, **Uluslararası Hukukta Sağlık Hakkı**, Ankara, Seçkin, 2018, ss. 38-39.

⁸⁵ Birleşmiş Milletler Şartı, (Çevrimiçi) https://turkey.un.org/sites/default/files/2020-02/UN-charter-turkish_0.pdf 10 Kasım 2021; Üzeltürk, **a.g.e.**, s. 189; Azarkan, **a.g.e.**, s. 76.

üzerinden sağlık hakkına değinilmiştir⁸⁶. Ulusal hukukumuz ve uluslararası hukuk düzenlemeleri dikkate alındığında sağlık hakkı bakımından devletlere düşen yükümlülük, yalnızca sağlığın bozulduğu durumlarda devreye girmemekte, tam bir esenlik içerisinde sürülecek bir yaşam anlamına gelen mevcut sağlığın da korunmasını gerektirmektedir⁸⁷. Nitekim uluslararası hukukta sağlık hakkını doğrudan ele alan ilk metin olan Dünya Sağlık Örgütü Anayasası'nın başlangıç kısmında sağlığın, yalnızca hasta ya da sakat olmama hali değil, aynı zamanda fiziksel, ruhsal ve sosyal açıdan da tam bir iyilik hali anlamına geldiği⁸⁸ belirtilmektedir. Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 12. maddesi de “*Sağlık Standardı Hakkı*”nı düzenlemektedir⁸⁹. Buradan hareketle uluslararası hukuk bakımından incelendiğinde, sağlık hizmeti sağlayıcılarının, yalnızca bireylerin hasta olma halinden kurtuluşuna değil, fiziksel sağlığın yanında ruhsal ve sosyal bakımdan da tam bir iyilik ve esenlik halinin gerçekleştirilmesine çalışması ve devletlerin de bu anlamda etkili araçlarla bu hizmetlerin uygun şekilde yerine getirilmesini sağlaması ve denetlemesi gerekmektedir. Dünya Sağlık Örgütü Anayasası gibi birçok uluslararası metin, sağlık hakkını yukarıda anlatılan geniş kapsamda ele almış ve devletlere bu hususta düşen sorumlulukları çeşitli şekillerde düzenlemiştir⁹⁰.

AİHS ise sosyal haklar bakımından bir koruma sağlamasa da sağlık hakkının yaşam hakkı, özgürlük ve güvenlik hakkı, özel yaşamın gizliliği hakkı gibi haklarla olan yakın bağlantısı sebebiyle sözleşmenin sağlık hakkı bakımından da koruma sağlayacağı kabul edilmektedir⁹¹. AİHS’de yer almamasına rağmen AİHM, devletlerin yaşam hakkını korumak şeklindeki pozitif yükümlülüklerinin sağlık hakkını korumayı da kapsadığı görüşünü benimsemektedir⁹². Bu bakımdan devletlere düşen

⁸⁶ 1948 İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, (Çevrimiçi)

<https://www.ihd.org.tr/insan-haklari-evrensel-beyannames/> 10 Kasım 2021.

⁸⁷ Azarkan, **a.g.e.**, s. 76.

Dünya Sağlık Örgütü Anayasası, (Çevrimiçi)
https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf , 13 Ekim 2021.

⁸⁹ BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi, (Çevrimiçi)
<https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/EkonomikSosyalKulturelHaklarSozlesmesi.pdf> 13 Ekim 2021.

⁹⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Azarkan, **a.g.e.**, s. 77.

⁹¹ Üzeltürk, **a.g.e.**, s. 199.

⁹² Vasileva v. Bulgaristan Kararı, Başvuru No: 23796/10 Karar Tarihi: 12.09.2016, p. 63, (Çevrimiçi)
<https://hudoc.echr.coe.int/tur#%7B%22fulltext%22:%5B%22vasileva%22%5D%22documentcollectionid2%22%7D>

Sağlık hakkı, birçok insan hakkı ile de yakından ilgilidir. Bunlardan biri de mahremiyet hakkıdır ki Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi'nin sağlık hakkını ele alan 14 numaralı Genel Yorum metninde, sağlık hakkının mahremiyet hakkı gibi birçok hak tarafından tamamlanması gerektiği ifade edilmektedir⁹⁵. Öte yandan sır saklama ilkesi, biyo-etik ve tıp etiğinin en önemli prensiplerinden de biridir⁹⁶.

[2:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-161413%22\]14 Subat 2021.](#)

⁹⁴ Üzeltürk, **a.g.e.**, s. 49.

⁹⁶ Üzeltürk, **a.g.e.**, s. 37-38.

27

bir başka husus da hasta hakları bağlamında mahremiyet hakkıdır. Çalışmanın ilerleyen bölümlerinde, hasta hakları bahsinde bu konuya da değinilecektir.

Çalışmanın başından itibaren kümülatif şekilde incelenen haklar silsilesi dikkate alındığında yaşam hakkı, bireyin sağlık hakkına erişimi ile desteklenmeli, bireyin sağlık hakkına gerektiği şekilde ve eksiksiz biçimde ulaşmasının önündeki her türlü engel ortadan kaldırılmalıdır. Yine daha önce bahsi geçen Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi Genel Yorum metninde devletlere insan hakkı düzenlemeleri bakımından yüklenen üç tür yükümlülükten; saygı duyma, koruma ve gerçekleştirme yükümlülüğünden bahsedilmiştir. Bu yükümlülüklerle devletlere sağlık hakkına karşı, devletin kendisi veya üçüncü kişiler tarafından yapılabilecek müdahalelerin önüne geçilmesi bakımından sorumluluk yüklenmiş ve bunun yanında “ulaşılabilecek en yüksek sağlık standardı”nın yakalanabilmesi için sağlık hakkının tüm yönleriyle gerçekleştirilmesine hizmet etmek üzere devletlerin uygun önlemleri alması gerektiği ifade edilmiştir⁹⁸. Bu bakımdan devletlerin en etkili aracı hukuki düzenlemelerdir. Ancak sağlık hakkı, yalnızca mevzuat düzenlemesi yaparak bu hakları korumaya almanın yanında devlete başka birtakım yükümlülükler de yüklemektedir⁹⁹.

Sağlık hakkı ile ilgili devletler tarafından yapılması gereken düzenlemelere ilişkin dikkat çekici bir karara bu noktada yer verilmesi uygun olacaktır. Anayasa Mahkemesi’nin Tam Gün Kararı çalışma konumuz bakımından önemli birkaç noktaya temas etmektedir. İlgili kararda, 1982 Anayasası’nın 17. maddesinde zikredilen yaşama, maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkından bahsedilmiş, sağlık hakkının ve dolayısıyla hekimlik mesleğinin de bu haklarla ilişkili olduğundan bahsedilmiştir. Bunun yanında ilgili kararda insan sağlığının ertelenemez ve ikame edilemez özellikte olduğu da vurgulanmıştır. Anayasa’nın 17. maddesinde zikredilen amaçların gerçekleştirilmesi için bireylerin sağlık hizmetlerine erişiminin doğru şekilde sağlanması gerektiği, devlete de bu hususta birtakım görevler düştüğü, bütün bunlara ek olarak bireylerin bu haklardan yararlanmasını zorlaştıran düzenlemelerin

⁹⁸ Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi Genel Yorum No: 14, p. 33, (Çevrimiçi) <https://ihop.org.tr/ekonomik-sosyal-ve-kueltuereel-haklar-komitesi/> 14 Ekim 2021.

⁹⁹ Üzeltürk, a.g.e., s. 18.

Anayasa'ya aykırı olacağı ifade edilmektedir¹⁰⁰. Bireyin sağlık hakkına tam olarak erişimi için de sağlık hakkı birtakım hasta hakları ile desteklenmeli, bireylere sunulan sağlık hizmeti, bireyleri etkileyecek her türlü fiziksel, ruhsal ve sosyal tehlikelerden uygun araçlarla korunmalıdır. Nasıl ki yaşam hakkı sağlık hakkını gerektirmekte ise, sağlık hakkı da sağlık hizmetlerine tam ve eksiksiz şekilde erişilebilmesi ve teşhis ve tedavi sürecinin tam olarak yerine getirilebilmesi için mahremiyet hakkı gibi başka bazı hakları beraberinde getirmektedir.

Yukarıda bahsedilen Tam Gün Kararı'nda zikredilen ifadeler çalışma konumuz olan sır saklama yükümlülüğü ve mahremiyet hakkı ile de yakından ilgilidir. Zira bireylerin sağlık hakkından yararlanmasını zorlaştıracak düzenlemeler ve uygulamalar, bireylerin sağlık hakkından yararlanmalarını ve dolayısıyla maddi ve manevi varlıklarını geliştirmelerini engelleyecektir. Dolayısıyla bu durum yaşam hakkını dahi etkileyebilecek sonuçlara yol açabilecektir. Bu sebeple esasen sır saklama yükümlülüğü gibi sağlık hizmeti sürecini iyileştirecek birtakım düzenlemelerin yapılması gerektiği, eğer bu şekilde düzenlemeler olmazsa, bireylerin tedaviye yanaşmamaları gibi tehlikelerin baş gösterebileceği ve dolayısıyla yukarıda zikrettiğimiz gibi sağlık hakkı ve yaşam hakkından yararlanmalarının zorlaşacağı sonucuna ulaşılabilecektir.

Nitekim yaşanan teknolojik gelişmeler, bilgi paylaşımının oldukça kolaylaşması sonucunu ortaya çıkarmış, bu durum da kişisel verileri gün geçtikçe daha da korumasız hale getirmiştir. Hal böyle olunca kişisel verilerin korunması son yıllarda daha da önem kazanmış, haklar kategorisinde mahremiyet hakkının ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Bu bakımdan kuşak sınıflandırmasında mahremiyet hakkı, bu gelişmelerin ve tehlikelerin bir sonucu olarak dördüncü kuşak haklardan biri olarak ortaya çıkmıştır¹⁰¹. Yukarıda da bahsettiğimiz üzere kişisel verilerin internet gibi sosyal ağlarda, kolayca paylaşılabilmesi imkânı ve gün geçtikçe yaygınlaşan sosyal

¹⁰⁰ Üzeltürk, **a.g.e.**, s. 105, 106. Karar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. (Çevrimiçi) <https://www.anayasa.gov.tr/tr/haberler/norm-denetimi-basin-duyurulari/tam-gun-yasasi-kararina-iliskin-basin-duyurusu/> 05 Kasım 2021.

¹⁰¹ Oya Boyar, Sezen Kama Işık, "Dördüncü Kuşak Haklar ve Bilişim Teknolojilerinin Doğuşunda Mahremiyet Kavramına Karşılaştırmalı Bir Bakış", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi: Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı**, C. 25, S. 2, Aralık 2019, ss. 602-623, s. 602.

medya kullanımı, mahremiyet anlayışını da değiştirmektedir¹⁰². Bunun yanında kişisel verilerin dolaşımının bu kadar yaygın ve kolay bir hale gelmesi, bu verilerin hukuken korunmasını da güçleştirmektedir. Bütün bu sebeplerle sağlık hakkı ve yaşam hakkının etkili şekilde korunduğunun söylenebilmesi için kişisel verilerin ve özel hayatın gizliliği hakkının daha etkili yollarla korunması gerekmektedir. Dolayısıyla devletler, sağlık hakkı ile ilgili hukuksal düzenlemeler yapmak suretiyle yahut başka birtakım mekanizmalarla sağlık hakkını güvence altına aldıkları gibi çalışma konumuz bakımından önemi dolayısıyla özellikle vurguladığımız mahremiyet hakkı gibi sağlık hakkını destekleyici hakları da gözetmelidir.

Bütün bu açıklamalar ışığında sağlık hakkı, genel olarak bireylere sağlanan sağlık hizmetini konu aldığından ve birey devlet ilişkisi çerçevesinde bu hizmeti ve gerekliliklerini düzenlemekle devleti yükümlü kıldığından, hasta-hastane yahut hasta-hekim ilişkilerini konu edinen hasta haklarının da sağlık hakkının kapsamı içerisinde yer aldığı belirtilebilecektir¹⁰³.

1.3. Hasta Hakları ve Hastanın Yükümlülükleri

1.3.1. Genel Olarak

Hekim-hasta ilişkisi, taraflar arasında var olan güvenin son derece önem arz ettiği bir ilişkidir. Yukarıda da değindiğimiz üzere bu ilişkinin güçlü tarafını hekim oluşturur. Hasta hem bu durum hem de tıp sektörünü de oldukça etkileyen teknolojik gelişmeler ve bu sebeple gittikçe karmaşık bir hale gelen sağlık sistemi karşısında güçsüz ve korumasız bir konumdadır¹⁰⁴. Çağdaş tıbbın insanı bir eşya, bir nesne olarak gördüğü, profesyonel tıbbın etik değerlerden arındırılmış, sadece nesnel ve bilimsel bir uğraşı haline geldiği, hatta buna bağlı olarak insanın da ahlaktan arındırılmış bilimsel bir meta haline getirildiği eleştirileri¹⁰⁵ göz önünde bulundurulduğunda, hastanın korunması için önlemler alınmasının ne derece elzem olduğu anlaşılabacaktır. Bu sebeplerle hastanın hekimler ve sağlık personeli ile tüm bu sağlık sistemi karşısında

¹⁰² Boyar, Işık, **a.g.e.**, s. 606, 607.

¹⁰³ Üzeltürk, **a.g.e.**, s. 18.

¹⁰⁴ Karasu, **a.g.e.**, s. 11.

¹⁰⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Sevtap Metin, **Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk**, İstanbul, Betim Kitaplığı, 2019, s. 83, 84, 85; Benzer bir eleştiri için ayrıca bkz. Çin, **a.g.e.**, s. 58.

güçlendirilmesi, korunması, bilgilendirilmesi, sağlık hizmetlerinden gereği gibi yararlanması ve bu hususta herhangi bir çekince göstermemesi için gerekli önlemleri almak ve dolayısıyla hasta haklarını korumak gerekmektedir. Şüphe yoktur ki hastaların sağlık sistemi içerisinde korunması açısından tıp alanında kabul edilen etik ilkelerin değeri yadsınamaz. Ancak yukarıda bahsettiğimiz gelişmeler karşısında artık sadece etik düzenlemelerin yeterli olmayacağı, bunun yanında hukuksal düzenlemelerin yapılması gerektiği savunulmaktadır¹⁰⁶.

Tarihsel gelişim süreci incelendiğinde, hasta haklarını düzenleyen ilk metin olan Hipokrat Yemini tıp etiği ilkelerinin temelini atmış, hastanın yararını ön plana çıkarmış, bunun yanında hekime sır saklama yükümlülüğünü de kapsayan birtakım yükümlülükler yüklemiştir¹⁰⁷. 1981 tarihli Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi ve 1997 tarihli Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi hasta hakları ile ilgili uluslararası metinler olarak karşımıza çıkmaktadır. Sözleşme, Türkiye’de de 2003 yılında yürürlüğe girmiştir. ulusal hukukumuzda mevcut düzenlemeler ise, Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi ve Hasta Hakları Yönetmeliği’nde yer almaktadır.

Tıp hukukunun önemli bir bölümünü oluşturan hasta hakları bakımından çeşitli tanımlar mevcut olmasına rağmen kanaatimizce en uygun tanım, Hasta Hakları Yönetmeliği 4. maddede yapılan tanımdır. Buna göre hasta hakları: “sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan fertlerin, sırf insan olmaları sebebiyle

¹⁰⁶ Karasu, **a.g.e.**, s. 11.

¹⁰⁷ Araştırma konumuz olan sır saklama yükümlülüğünün düzenlendiği orijinal metindeki ibare: “*Gerek hastanın tedavisi sırasında gerekse tedavi dışında olsun gördüğüm ve duyduğum (ama) dışarıda konuşulmayacak olan insanların tasarrufundaki şeyleri saklayacak ve buna benzer şeyleri konuşmayacağım.*” şeklindedir. Orijinal metin için bkz. İlyas Altuner, “Hipokrat Yemini”, **İğdır Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, S. 7, 2015, ss. 1-7, s. 4. Orijinal metindeki bu ifade dikkate alındığında, bugün doktrinde genel olarak kabul gören anlayışın aksine hekimin mesleği ile ilgili olmasa da özel bir kişi olarak vakıf olduğu sırları da saklama yükümlülüğü bulunmaktaydı. Bu durumun hekimlik mesleğinin niteliği gereği hekimlerin güvenilir kişiler olması gerektiği kabulüne hizmet ettiği ancak bugün artık mevcut yasal düzenlemeler karşısında bu yöndeki geniş sorumluluk alanının hukuki bağlayıcılığa sahip olmadığı ifade edilmektedir: Zeytin, **a.g.e.**, s. 78.

sahip bulundukları ve T.C. Anayasası, milletlerarası andlaşmalar, kanunlar ve diğer mevzuat ile teminat altına alınmış bulunan haklar”¹⁰⁸ şeklinde tanımlanmıştır.

Adalet ve hakkaniyete uygun olarak sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkı, sağlık personelinin ve sağlık kuruluşunu seçme ve değiştirme hakları, hekim ve sağlık personelinin tanıma hakkı, tıbbi gereklere uygun teşhis, tedavi ve bakım hakkı, bilgi isteme hakkı, mahremiyete saygı duyulması hakkı, bilgilerin gizli tutulması hakkı, kayıtları inceleme hakkı, dini vecibeleri yerine getirebilme ve dini hizmetlerden yararlanma hakkı, insani değerlere saygı gösterilmesi, ziyaret ve refakatçi bulundurma hakları, gerekli durumlarda müracaat, şikâyet ve dava hakkı gibi haklar hasta haklarından bazılarını oluşturmaktadır¹⁰⁹. Araştırmamızın konusu dikkate alındığında incelenmesi gereken öncelikli hasta hakkı ise hasta mahremiyeti hakkıdır.

Hasta hakları ile hekimlik meslek kuralları ve bu kurallar doğrultusunda düzenlenmiş mevzuat hükümleri hastanın korunmasına hizmet eder. Ancak bu kurallar hastanın sağlık sistemi içerisinde etkin şekilde korunması için yeterli değildir. Bu açıdan hastayı tıbbi müdahale ilişkisi içerisinde daha da etkin şekilde korumak adına birtakım tıbbi etik ilkeler de kabul edilmektedir¹¹⁰. Bunlar aydınlatılmış onam ve özerkliğe saygı ilkesi, sır saklama ilkesi, adalet ve eşitlik ilkesi, dürüstlük ve güven ilkesi ile yararlılık ve zarar vermeme ilkeleri şeklinde sayılabilir¹¹¹.

Hasta haklara sahip olmakla birlikte birtakım yükümlülüklerle de bağlıdır. Hekimin aşağıda bahsedilecek yükümlülüklerinin yanında sağlık hizmetinin gereği gibi yerine getirilebilmesi için hastalar bakımından da bazı yükümlülükler söz konusudur. Nitekim hekimin gereken özeni göstererek ve tıbbi gerekliliklere uygun olarak yerine getirdiği teşhis ve tedavi ödevinin istenilen sonuca ulaşabilmesi için

¹⁰⁸ Hasta Hakları Yönetmeliği, (Çevrimiçi) <https://www.mevzuat.gov.tr/File/GeneratePdf?mevzuatNo=4847&mevzuatTur=KurumVeKurulusYonetmeligi&mevzuatTertip=5> 13 Ocak 2022.

¹⁰⁹ Hasta hakları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hasta Hakları Yönetmeliği, (Çevrimiçi) <https://www.mevzuat.gov.tr/File/GeneratePdf?mevzuatNo=4847&mevzuatTur=KurumVeKurulusYonetmeligi&mevzuatTertip=5> 20 Mart 2022; Aslanova, **a.g.e.**, ss. 78-88.

¹¹⁰ Gürkan Sert, **a.g.e.**, s. 51.

¹¹¹ Tom L. Beauchamp, James F. Childress, **Biyomedikal Etik Prensipleri**, Çev. M. Kemal Temel, Yedinci Edisyon, İstanbul, Betim Kitaplığı, 2017, ss. 153-380; Aslanova, **a.g.e.**, 90; Cin, **a.g.e.**, ss. 11-58; Gürkan Sert, **a.g.e.**, ss. 62-66.

hastanın, öykü alınması sırasında doğru bilgilerin aktarılması, tedavi randevularına riayet edilmesi ve ilaçların doğru olarak kullanılması gibi şekillerde ortaya çıkabilecek işbirliği yükümlülüğü gündeme gelmektedir. Bunun yanında hasta hekimin tavsiyelerine uyma, muayene ve müdahaleye katlanma, bazı durumlarda ücret ödeme, hekim ve diğer sağlık çalışanlarına saygı ve nezaket çerçevesinde muamele etme ve özellikle öykü alınması sırasında ve tedavinin devamında özel durumlarını, hassasiyetlerini, önceki hastalıklarını ve bunlar gibi tedavi bakımından gerekli ve yararlı tüm bilgileri hekime ve sağlık personeline bildirme yükümlülüğü altındadır¹¹². Burada üzerinde durulması gereken yükümlülük ise bildirme yükümlülüğüdür. Hastanın tedavi için gittiği hekime tedavi ile ilişkili olabilecek durumları bildirmesi tedavinin doğru şekilde ilerlemesi ve sonuçlanması için gereklidir. Hastanın gerekli bilgileri vermediği durumlarda, bu sebeple meydana gelebilecek olumsuz sonuçlardan hekimin sorumlu tutulmaması gerekmektedir¹¹³. Dolayısıyla hastanın hayatının özel alanına ait de olsa ilgili kişisel verileri hekime aktarması yükümlülüğü göz önünde bulundurulduğunda, bu yükümlülüğün hekimin de bu verileri saklayacağı şeklindeki bir güvenceyle teminat altına alınması gerekliliği açıkça anlaşılabacaktır. Hekimin bu konudaki yükümlülüğüne çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde ayrıntılı olarak değinilecektir. Burada hekimin sır saklama yükümlülüğü bakımından önem arz eden hasta hakkı olarak mahremiyet hakkına özellikle değinmek gerekir.

1.3.2. Hasta Mahremiyeti Hakkı

1.3.2.1. Mahremiyet Kavramı

Genel olarak mahremiyet kavramı incelendiğinde ilk akla gelen anlamıyla, bireyin kişisel alanının korunması, bu alana dair bilgilerin ve geniş anlamda verilerinin gizli kalması hakkı olarak anlaşılmaktadır. Bunun yanında mahremiyet kavramının bireysellik ve kişisel özgürlükle bağlantılı olduğu kabul edilmekte, bu bağlamda mahremiyet kavramı, kişinin kendi haline bırakılmaya ve hayatın tadını çıkarmaya yönelik hakları ile ilişkilendirilmektedir¹¹⁴.

¹¹² Hastanın yükümlülükleri ile ilgili daha ayrıntılı bilgi için bkz. Hakeri, **Tıp Hukuku**, ss. 811-822.

¹¹³ **A.e.**, s. 817-819.

¹¹⁴ Boyar, Işık, **a.g.e.**, s. 608; Warren ve Brandies, “The Right to Privacy”, Harward Law Review 4, 1890, ss. 193-220’dan aktaran Beauchamp, Childress, **a.g.e.**, s. 478.

Tarihsel süreç içerisinde mahremiyet üzerine yapılan çeşitli tanımlar olmuştur. Bu tanımlardan birine göre mahremiyet, gelişen bilgisayar teknolojilerinin de etkisi ile bireylerin veya söz konusu kişisel veri sahibi süljelerin, bu verilerin ne zaman, nasıl ve ne miktarda paylaşılacağına ilişkin kontrol sahibi olmasıdır¹¹⁵. Başka bir tanıma göre ise mahremiyet, kişinin minimum derecede müdahale ile kendi hayatını yaşamasına izin verilmesi hakkıdır ki bu da geniş anlamda incelendiğinde, kişinin tıbbi muayene, fiziksel ve psikolojik testler gibi özel hayata yapılan müdahaleler sırasında, alakasız ve utanç verici gerçeklerin açıklanmasının önlenmesini de içeren çeşitli kısıtlamaları kapsamaktadır¹¹⁶. Bir başka görüşe göre de mahremiyetin en uygun tanımı, diğer kişilerin bireye erişiminin sınırlandırılması olarak kabul edilmelidir ki bu da söz konusu birey hakkında bilgi sahibi olunmasının, bireyin fark edilmesinin ve bireye fiziksel erişimin engellenmesini içermektedir¹¹⁷. Diğer bir deyişle mahremiyet bireysel alanı ifade eder¹¹⁸. Ancak mahremiyetin bireysellik özelliğinden yola çıkarak gizlilik, yalnızlık ya da anonimlik şeklinde üç farklı ilke ile sağlanabileceği ifade edilmektedir¹¹⁹. Bu bakımdan düşünüldüğünde tam bir mahremiyeti sağlamanın imkânsızlığı fark edilecektir¹²⁰.

Hasta hakları bakımından mahremiyet kavramı düşünüldüğünde de sağlık hizmetlerinden tam olarak yararlanabilmek hastanın mahremiyet hakkının, sağlık hizmetine dâhil olan birtakım süljeler bakımından ihlalini gerektirmektedir. Bu bakımdan hastanın korunması için yapılması gereken, bu zorunlu ihlal dışında mahremiyetin muhafazası ve bahsi geçen zorunlu süljelerin erişebildiği verilerin yayılımını önlemektir.

¹¹⁵ Boyar, Işık, **a.g.e.**, ss. 610-611.

¹¹⁶ Nordic Conference on The Right To Privacy, (Çevrimiçi) <http://www.icj.org/wp-content/uploads/2013/06/Right-to-privacy-seminar-report-conclusions-1967-eng.pdf> s. 2-3, 20 Ekim 2021.

¹¹⁷ Ruth GAVISON, "Privacy and the Limits of Law", **The Yale Law Journal**, Vol. 89, No: 3, ss. 421 – 471, s. 428'den aktaran Boyar, Işık, **a.g.e.**, s. 608. Benzer şekilde mahremiyeti, bireylerin hem özel bilgilerinin diğer kişilerin erişiminden korunması hem de bireysel ve ailevi özerk yaşam alanının korunmasını temin eden bir hak olarak tanımlayan 1965 tarihli ABD Yüksek Mahkeme kararı için bkz. Tom L. Beauchamp, Childress, **a.g.e.**, s. 475, 476.

¹¹⁸ Murat Volkan Dülger, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, Güncellenmiş ve Yenilenmiş 3. Baskı, İstanbul, Hukuk Akademisi, 2020, s. 9.

¹¹⁹ Dülger, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 10.

¹²⁰ Ruth GAVISON, "Privacy and the Limits of Law", **The Yale Law Journal**, Vol. 89, No: 3, ss. 421-471, s. 428'den aktaran Boyar, Işık, **a.g.e.**, s. 608.

1.3.2.2. Tıbbi Etik İlkeler Işığında Mahremiyet Kavramı

Hasta hakları ile birlikte hastanın korunmasına hizmet eden tıbbi etik ilkeler içerisinde hastanın mahremiyet hakkını destekleyici olan bir ilke olarak sır saklama ilkesi özel bir öneme sahiptir. Hekimin yükümlülükleri arasında da özel bir bölümde yer vereceğimiz bu ilkeye göre hekim ve diğer hastane personeli ile hastane yöneticileri, hastanın tedaviedilmesi vesilesi ile öğrendikleri her türlü sırrını saklamak ve bu hususta hastaya güvence vermek mecburiyetindedir. Özellikle hekim-hasta arasındaki ilişkide hastaya tanınan mahremiyet alanı bu ilkenin varlığını zorunlu kılmaktadır¹²¹.

Mahremiyet kavramının incelenmesi sırasında tıbbi etik ilkelere değinmemizin pratik bir önemi de özellikle özerkliğe saygı ilkesinin mahremiyet açısından oldukça önem taşımasıdır. Nitekim *özerkliğe saygı ilkesi* kendi kendini yönetebilme ve özerk seçimlerde bulunabilme yeteneğini güvence altına almayı amaçlamaktadır. Bu itibarla bu ilke, bireylerin dış etkenlerin kontrolü altında olmadan, kendi görüş ve değer yargılarına göre verdikleri özerk yahut bir diğer deyişle otonom kararlara saygı duymak ve bu özerk davranışları engelleyici faktörleri mümkün olduğu ölçüde ortadan kaldırmak gerekliliğini ifade eder. Bu bakımdan özerkliğe saygı ilkesi birtakım pozitif ve negatif yükümlülükleri beraberinde getirmektedir. Zira bireye seçim imkanı sunmak ve tercihlerini özgürce yapmasının yolunu açmak özerkliğe saygı ilkesinin uzantıları olarak karşımıza çıkar. Görüldüğü üzere bireyin özerkliğinin kabulü ve buna saygı duyulması gerekliliği bireylerin kendi yaşam alanlarını özgürce oluşturmaları, bu alan üzerinde bağımsız bir şekilde egemenlik kurmaları ve diğer bireylerin bu alana erişimini kısıtlama yetkisini de beraberinde getirmektedir. Bu anlamda bireyin mahremiyet hakkına ve bu yöndeki tercihlerine saygı gösterilmesi ile sırlarının saklanması hastanın özerkliğine saygı ilkesinin bir gereğidir. Bu yönü itibarıyla bazı yazarlar mahremiyet kavramını mahiyeti itibarıyla özerkliğe saygı ilkesi bağlamında temellendirmişlerdir¹²².

¹²¹ Cin, **a.g.e.**, s. 62; Aslanova, **a.g.e.**, ss. 90-91.

¹²² Cin, **a.g.e.**, s. 15, 16, 61; Beauchamp, Childress, **a.g.e.**, s. 154, 155, 161, 162, 163, 479; Gürkan Sert, **a.g.e.**, s. 62.

Zarar vermeme ilkesi de öncelikli olarak dikkat edilmesi gereken bir ilkedir. Zira bu ilke, hastaların sağlık sistemi içerisinde zarar görmemesini amaçlamaktadır. Bu bakımdan yalnızca zarar vermemeyi değil, hastaların sistem içerisinde maruz kalabileceği zarar tehlikelerini de önlemeyi gerektirmektedir. Bu doğrultuda mutlak olarak sağlanamasa bile sağlık çalışanları açısından “gereken özeni gösterme” şeklinde bir standart belirlenmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bu bakımdan başta hekimler olmak üzere diğer sağlık çalışanları mesleki davranış kuralları çerçevesinde hareket etmeli, zorunlu haller dışında ve mümkün olduğu ölçüde hastanın her türlü zararını önlemek ve yeterli korumayı sağlamak için çalışmalıdır. Söz konusu zarar çalışma konumuz özelinde mahremiyetin ihlali sonucunda da ortaya çıkabilir. Hasta mahremiyetinin ihlal edilmesi suretiyle bir zararın veya zarar tehlikesinin meydana gelmesi yahut hastanın mahremiyet hakkının tesisi hususunda gereken özenin gösterilmemesi durumunda zarar vermeme şeklindeki tıbbi etik ilkeye aykırılık meydana gelmiş olacaktır¹²³.

Zarar vermemenin yanında *yararlılık ilkesi* de hastanın korunması açısından oldukça önemlidir. Bu bakımdan “en üst düzeyde yararlı olmak” kıstası vurgulanmış, yararlılık ilkesinin mutlak olarak uygulanamayacağı ifade edilmiştir. Bunun yanında paternalizm şeklinde adlandırılan, hastanın zor durumda olduğu gerçeği karşısında hekimin güçlü konumu dolayısıyla hastaya sahip çıkma ve onun yararı neyi gerektiriyorsa, hastanın iradesine uygun olmasa dahi o şekilde hareket etme anlamına gelen anlayış da yararlılık ilkesiyle ilişkilidir. Yararlılık ilkesi ve paternalizm anlayışı mahremiyetin korunmasının hastanın yararına olacağı durumlar açısından uygulanabilir olmasının yanında hastanın yararının mahremiyetinin ihlalinin gerektirdiği durumlar bakımından da uygulanabilir ilke ve anlayışlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira hasta, mahremiyetinin ihlaline rıza göstermese de çalışmanın devamında ele alacağımız üzere özellikle hasta ile ilgili bilgilerin ifşa edilmesi bazı durumlarda hastanın veya diğer kişilerin üstün yararları bakımından hakkaniyete daha uygun olabilir. Buna karşılık yararlılık ilkesinin, paternalizmin aksine hastanın

¹²³ İlgili açıklamalar ve ilke hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. Beauchamp, Childress, **a.g.e.**, s. 227, 233, 234, 235, 236; Gürkan Sert, **a.g.e.**, s. 64; Cin, **a.g.e.**, s. 14.

özerkliğine öncelik tanıdığı, bu sebeple mahremiyetin ihlali hususunda hastanın özerk iradesine de önem verilmesi sonucunu doğurduğu ifade edilebilir¹²⁴.

1.3.2.3. Hasta Mahremiyeti Hakkının Kapsamı ve Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü ile Bağlantısı

Belirtilmelidir ki hasta mahremiyeti hakkı, hekimin sır saklama yükümlülüğü ve bu doğrultuda hastanın sırrının saklanması şeklindeki hakkı da içine alan daha geniş bir haktır. Nitekim mahremiyet kavramı genel olarak bilgi mahremiyeti, fiziksel mahremiyet, bireyin vereceği kararların mahremiyeti, ilişkilerin mahremiyeti ve kişinin üzerinde mülkiyet kurduğu, özellikle insan kökenli biyolojik maddeler hususundaki mahremiyeti şeklinde beş ayrı başlık altında incelenen bir kavramdır¹²⁵.

Mahremiyet kavramı ve genel olarak hastanın mahremiyeti yukarıda incelediğimiz üzere içeriği bakımından geniş bir inceleme yelpazesi sunulmuş olsa da genel olarak bilgi mahremiyeti yahut sırların saklanması ve bedensel mahremiyet başlıkları altında incelenebilir. Bunlardan bilgi mahremiyeti şeklindeki gizlilik ilkesi, bireylerin özerk kararlar vermelerine ve bu şekilde kendi geleceklerini belirleme imkânı bulmalarına hizmet etmekte, öte yandan kendileri ile ilgili verilerin kendi yararları doğrultusunda gizli kalmasını sağlamayı amaçlamaktadır¹²⁶. Bu bakımdan hekimin sır saklama yükümlülüğünün dayanağını oluşturmaktadır. Hasta mahremiyeti hakkının ve genel olarak mahremiyet kavramının içeriğinde sır saklama yükümlülüğünün haricinde hastanın bedensel yahut fiziksel mahremiyeti, tedavi sırasında diğer sağlık personelinin hastanın yanında bulunup bulunmayacağı, tutuklu veya hükümlülerin tedavileri, hasta ve hastane kayıtlarının durumu, hastaların diğer hastalar karşısında kişisel alanlarının korunması gibi hususlar da incelenebilecektir¹²⁷.

¹²⁴ Gürkan Sert, **a.g.e.**, s. 62, 63; Cin, **a.g.e.**, ss. 11-13.

¹²⁵ Anita Allen, "Privacy and Medicine", **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Ed. Edward N. Zalta (Spring 2021 Edition), (Çevrimiçi), <https://plato.stanford.edu/cgi-bin/encyclopedia/archinfo.cgi?entry=privacy-medicine> 18 Ekim 2022; Beauchamp, Childress, **a.g.e.**, s. 476, 477. Bir görüşe göre ise mahremiyet fiziksel, sosyal ve dijital mahremiyet şeklinde üç başlık altında incelenmelidir. Bu yaklaşıma göre hekime mesleği dolayısıyla aktarılan verilerin saklanması esaslı da sosyal mahremiyete dayanmaktadır: Dülger, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, ss. 15-17.

¹²⁶ Allen, **a.g.e.**

¹²⁷ Ed. Özge Yücel, Gürkan Sert, **Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları**, Ankara, Seçkin, 2021, s. 145-146.

Bedensel mahremiyetin kabulü doğrultusunda hastanın tedavi ile bağlantısı olmayan vücut bölümlerine dokunulamayacağı, tedavi sırasında diğer kişilerin hastayı bakışlarıyla rahatsız edemeyeceği, muayenehananın gereksiz kalabalıktan arındırılması gereklilikleri öne çıkmaktadır¹²⁸. Bu doğrultuda bedensel mahremiyetin sağlanması için şu şekilde tedbirler alınması önerilmektedir: Hastaların tıbbi yardımdan mahrum kalmaması ve gerektiğinde ilgili sağlık personeline ulaşabilmesi koşuluyla mümkün olduğu ölçüde yalnız bırakılması, bedensel bütünlüğün ve dokunulmazlığın ihlalini gerektirecek tıbbi müdahaleler sırasında hastaya temiz ve tıbbi müdahaleyi engellemeyecek çarşaf ve özel elbise temin edilmesi, hastaların diğer hastalarla münasebetini en aza indirmek için uygun koşulların sağlanması, hastaların cinsiyetleri sebebiyle geliştirdikleri muhafaza dürtüsünü ve bu yöndeki tercihlerini mümkün olduğu ölçüde yerine getirmek amacıyla hastaların cinsiyetlerine uygun personel yahut yardımcıları bulundurulması ve hastaların bu yöndeki endişelerini gidererek tıbbi müdahale sırasında rahat etmelerinin sağlanması¹²⁹. Benzer şekilde hastaların belirledikleri yakınları ile iletişim ve ilişkilerini koruma altına alacak ve diğer insanların bilgi ve görgüsüne kapalı tutacak tedbirlerin de alınması ve bu şekilde ilişkisel mahremiyetin sağlanması da mahremiyetin tam olarak anlamlandırılması açısından önemlidir¹³⁰. Bu bakımdan poliklinik hizmetleri esnasında riayet edilecek bedensel mahremiyet gerekliliği hususunda Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nin 7. maddesi poliklinik hizmetlerine ilişkin mahremiyet kurallarını düzenlemektedir¹³¹.

Çalışma konumuz yalnızca hekimin sır saklama yükümlülüğü olduğundan, hasta mahremiyeti hakkı da bu bağlamda incelenecek ve sır saklama yükümlülüğü ile ilintili konular ele alınacaktır. Ancak araştırma alanı dışında bıraktığımız bedensel ya da fiziksel mahremiyet konusunun sır saklama yükümlülüğü ile bağlantılı olabileceği bazı durumlar da söz konusu olabilir¹³². Nitekim hastanın bedensel bazı anomalilere

¹²⁸ Allen, a.g.e.

¹²⁹ A.e.

¹³⁰ Beauchamp, Childress, a.g.e., s. 477; Allen, a.g.e.

¹³¹ Bkz. Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği madde 7, (Çevrimiçi)

<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=85319&MevzuatTur=3&MevzuatTertip=5> 14 Ocak 2022.

¹³² Çetin Aşçıoğlu, **Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluk: Doktorların, Devletin ve Özel Hastanelerin Sorumluluğu**, Ankara, y.y., 1993, s. 48.

sahip olması durumunda, muayene yahut tedavi sırasında hastanın bedensel mahremiyetinin korunmaması veya bu hususta gerekli özenin gösterilmemesi, hastayla ilgili bu yöndeki kişisel verinin veya sırrın, sehven de olsa başkaları tarafından görülmesine sebep olabilir. Bu da bir anlamda hekimin sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmesi anlamına gelebilir. Bedensel mahremiyet, bu istisnai durumlar dışında hekimin sır saklama yükümlülüğü dışındaki hasta mahremiyeti alanına dahildir. Dolayısıyla sır saklama yükümlülüğünün kapsamı dışında bırakılmalıdır.

1.3.2.4. Mevzuat Düzenlemeleri ile Hasta Mahremiyeti Hakkı

Mevzuatımızda doğrudan ve dolaylı yoldan sır saklama yükümlülüğü özelinde hasta mahremiyeti hakkını konu edinen birçok düzenleme mevcuttur. Hastanın mahremiyet hakkı “*Mahremiyete Saygı Gösterilmesi*” başlığı ile doğrudan Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 21. maddesinde düzenlenmiştir:

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

a) Hastanın, sağlık durumu ile ilgili tıbbi değerlendirmelerin gizlilik içerisinde yürütülmesini,

b) Muayenenin, teşhisin, tedavinin ve hasta ile doğrudan teması gerektiren diğer işlemlerin makul bir gizlilik ortamında gerçekleştirilmesini,

...

f) Sağlık harcamalarının kaynağının gizli tutulmasını, kapsar. Ölüm olayı, mahremiyetin bozulması hakkını vermez. Eğitim verilen sağlık kurum ve kuruluşlarında, hastanın tedavisi ile doğrudan ilgili olmayanların tıbbi müdahale sırasında bulunması gerekli ise; önceden veya tedavi sırasında bunun için hastanın ayrıca rızası alınır”¹³³.

Aynı yönetmeliğin 16. maddesi ise kayıtları inceleme hakkını düzenlerken hasta ile ilgili kayıtların yalnızca hastanın tedavisi ile doğrudan ilgili olanlar tarafından görülebileceğini hüküm altına alarak hasta bilgilerinin gizliliğine ve dolayısıyla mahremiyet hakkına değinmektedir.

Türk Tabipler Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları’nın 31. maddesinde de kayıtları inceleme ve bilgi edinme hakları düzenlenirken söz konusu bilgilerin

¹³³ Hasta Hakları Yönetmeliği, (Çevrimiçi)

<https://www.mevzuat.gov.tr/File/GeneratePdf?mevzuatNo=4847&mevzuatTur=KurumVeKurulusYonetmeli&mevzuatTertip=5> 14 Ocak 2022.

gizliliğine değinilmiştir. Buna göre hasta dosyası ve ilgili bilgi ve belgeler, hastadan başkasına verilemez. Ancak yasal zorunluluk halleri saklıdır. Bunun yanında ilgili düzenleme hekime, hastaya ait kimlik bilgilerini gizli tutması koşuluyla yapılacak araştırmalarda, hastalık ile ilgili bilgi ve bulguları kullanma yetkisi tanımaktadır¹³⁴. Burada hekimlerin oldukça dikkatli olmaları gerekmektedir. Bu itibarla yalnızca hastanın kimlik bilgilerini gizlemek değil, hastanın kimliği ile ilgili ipucu oluşturacak her türlü ayrıntının yahut kimliği ile ilgili bilgi verebilecek spesifik durumların da gizli tutulması gerekmektedir.

Yukarıda değinilen Hasta Hakları Yönetmeliği'nin “*Bilgi Verilmesini Yasaklama*” başlıklı 20. maddesi de bu konuyla ilişkili önemli düzenlemelerdendir. Şöyle ki hasta hangi bilgilerin gizli kalacağını kendi iradesiyle belirleyebilmektedir. Bu itibarla hasta bazı konularda bilgi verilmesini yasaklayabilirse de bu durumun istisnasını ilgili mevzuat hükümleri yahut yetkili mercilerin aldığı tedbirler oluşturmaktadır. Ancak doktrinde hastanın kendi sağlığı ile ilgili kendisinin de bilgilendirilmemesini istemesi, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının aşırı derecede sınırlandırılması anlamına geleceğinden ve bu sebeple TMK 23. maddesi gereği hukuka aykırıdır. Bu yöndeki bir talebin geçerli olabilmesi için hekimin bu hususta hastanın yararı olacağı kanısında olması gerektiği ifade edilmektedir¹³⁵.

Bilgilerin gizli tutulması hakkı hem genel olarak mahremiyet hakkı ile hem de hekimin sır saklama yükümlülüğü ile yakından ilgilidir. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 5/1-f hükmünde hastanın özel ve aile hayatına saygı gösterilmesi gerektiği, 23. maddesinde ise kanunen izin verilen ve geçerli rızanın söz konusu olduğu durumlar haricinde hasta ile ilgili bilgilerin gizli tutulması gerektiği açıkça düzenlenmiştir. Benzer bir düzenlemeye Psikiyatri Meslek Etiği Kuralları çerçevesinde de yer verilmiştir. Söz konusu “*Sır Saklama Yükümlülüğü*” başlıklı 6. maddeye göre psikiyatrik teşhis ve tedavi sırasında edinilen bütün bilgilerin gizli

¹³⁴ Hekimlik Meslek Etiği Kuralları, (Çevrimiçi) https://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&id=65 02 Nisan 2022; Ayan, a.g.e., s. 99; Gürkan, a.g.e., s. 56; Cin, a.g.e., s. 65. Tıbbi araştırmalarda hastaların gizliliğine riayet edileceği yönündeki güvencenin hastaları tıbbi araştırmalara katılmaya teşvik edeceği de ifade edilmektedir: Allen, a.g.e.

¹³⁵ Zeytin, a.g.e., s. 80.

tutulması gerekmektedir¹³⁶. İlgili maddede bu durumun çalışmanın devamında değineceğimiz bazı istisnalarına da yer verilmiştir.

Görüldüğü üzere bazı durumlarda TMK'nın 26. maddesinde düzenlenen ilgilinin rızası hukuka uygunluk sebebi mevcut olsa da kişilik haklarından tümüyle vazgeçmek anlamına gelebilecek durumlarda bilgilerin açıklanması hukuka aykırı olacaktır. Zira ilgilinin rızası hukuka uygunluk sebebinin geçerli olabilmesi için kişinin mutlak surette tasarruf edebileceği bir hak mevcut olmalıdır.

Bu hakkı düzenleyen bir başka metin de Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü'nün "*Özel ve Gizlilik Hakkı*" başlıklı 6. maddesidir. İlgili madde bireylerin sağlık hizmeti ile ilgili bilgilerin gizli tutulması talebinde bulunma hakkı olduğu, gerçekten de muayene, teşhis ve tedavi faaliyetleri esnasında hastanın kişisel verilerinin gizliliğine önem gösterilmesi ve bedensel mahremiyete saygı duyulması gerekliliği vurgulanmıştır¹³⁷. Yine Amsterdam Bildirgesi'nin 4. maddesi de bu minval üzere mahremiyet hakkına değinmekte, özellikle hastaya ve tedavisine ait tüm bilgilerin, ölümden sonra dahi gizlilik prensibine tabi olduğunu vurgulamaktadır¹³⁸.

1981'de kabul edilen Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi'nin 4. maddesi de hasta hakları arasında özel hayatın gizliliğine ilişkin hastanın gizliliğine saygı duyulmasını talep etme hakkı bulunduğu hususuna değinmektedir¹³⁹. Aynı bildirgenin 1995 yılında yapılan toplantı ile gözden geçirilmiş şeklinde ise gizlilik hususu "*Gizlilik Hakkı*" başlıklı daha geniş bir düzenleme ile ele alınmıştır. Buna göre yukarıda da ifade ettiğimiz gibi tedavi sürecine ve hastanın şahsına ilişkin her türlü bilginin ölümden sonra bile gizli tutulması gerekmekte, hastanın kimlik bilgileri ve hastadan alınan insan ürünleri de gizli veriler arasında bulunmaktadır. Gizlilik kuralının istisnası olarak da hasta yakınlarının kendileri açısından sağlık risklerini öğrenme hakları bulunduğu ve sağlık personelinin bu amaçla gerekli bilgileri ilgili kişilere aktarılabilmesine işaret

¹³⁶ Bkz. (Çevrimiçi) <https://psikiyatri.org.tr/tpd-kutuphanesi/belge/311> 22 Ağustos 2022.

¹³⁷ Bkz. (Çevrimiçi) <https://sbu.saglik.gov.tr/hastahaklari/avrupastatusu.htm> 2 Nisan 2022.

¹³⁸ Bkz. (Çevrimiçi) <https://agriism.saglik.gov.tr/TR-69200/amsterdam-bildirgesi.html> 15 Ocak 2022.

¹³⁹ Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi (Çevrimiçi) <https://istanbulism.saglik.gov.tr/Eklenti/27595/0/lizbonbildirgesi1981pdf.pdf?tag1=B604E65F9D752DBD1BCFA298D02CC89A4C8DE295> 15 Ocak 2022.

edilmiştir. Bunun haricinde gizli bilgilerin yalnızca hastanın açık izni veya mahkeme kararı üzerine açıklanabileceği hüküm altına alınmıştır¹⁴⁰.

1.4. Hekimin Hakları ve Yükümlülükleri

Hasta haklarından bahsederken tıbbi müdahale ilişkisinin karşı tarafında bulunan hekimin haklarına da değinmek gerekir. Mesleki bilgi ve beceriyi geliştirme hakkı, konsültasyon hizmeti hakkı, sağlık riskini en aza indirecek koşullarda çalışma hakkı, tanıklıktan çekinme hakkı, muayene, teşhis ve tedavi için gerekli verileri alabilme hakkı, hasta seçme veya reddetme hakkı ve özgür ve bağımsız karar verebilme hakkı gibi sınırlı sayıda olmayan birçok hak hekimin hakları arasında sayılabilir¹⁴¹.

Hekim ile hasta arasındaki tıbbi müdahale ilişkisinin hukuki niteliğinin genel kabul gören görüşe göre vekalet sözleşmesi olduğu hususundan hareketle hekimin yükümlülüklerinden ilki teşhis ve tedavi yükümlülüğüdür¹⁴². Bunun yanında öykü alma, muayene, zamanında tedavi yükümlülüğü, reçete yazma, kayıt tutma, insani değerlere saygı gösterme, mesleki bilgisini geliştirme, bilirkişilik yapma yükümlülükleri ile özellikle vekalet sözleşmesi niteliğindeki hekimlik sözleşmesi içerisinde hekimin hastayı aydınlatma yükümlülüğü ile sadakat ve özen yükümlülüğü hekimin yükümlülükleri arasında sayılabilir¹⁴³. Bütün bu yükümlülüklerin yanında çalışma konumuz bakımından özellik arz eden yükümlülük ise hekimin sadakat yükümlülüğünün de bir uzantısı olan sır saklama yükümlülüğüdür. Sır saklama yükümlülüğü bir sonraki bölümde ayrıntılı olarak ele alınacağından burada kısaca bahsedilerek geçilecektir.

Sır saklama yükümlülüğü ile ilintili ve bu yükümlülüğün sınırını oluşturan bir başka yükümlülük olarak hekimlerin bildirim yükümlülüklerinden bahsetmek

¹⁴⁰ Dünya Tabipler Birliği Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi'nin Gözden Geçirilmiş Şekli (Çevrimiçi) https://istanbulism.saglik.gov.tr/Eklenti/27595/0/lizbonbildirgesi1981pdf.pdf?_tag1=B604E65F9D752DBD1BCFA298D02CC89A4C8DE295 15 Ocak 2022.

¹⁴¹ Hekimin hakları ve hak arama yolları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 113-139; Aslanova, **a.g.e.**, s. 95, 96.

¹⁴² Ayan, **a.g.e.**, s. 64.

¹⁴³ **A.e.**, ss. 71-95. Hekim ve hastanın yükümlülükleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 766-822.

mümkündür. Bildirim yükümlülüğü ceza hukuku bakımından hekimlerin mesleğin icrası sırasında vakıf oldukları suçları veya suç belirtilerini ilgili mercilere bildirmeleri şeklinde ve bunun yanında yine mesleğin icrası sırasında öğrendikleri bazı bulaşıcı hastalıkları ilgili mevzuat hükümlerinde belirtilen yerlere bildirmeleri şeklinde iki yönlü olarak incelenebilir. Bu yükümlülük hekimin genel olarak hastaya ait sırların saklanması şeklindeki yükümlülüğünü bertaraf eden ve hekimi bu yükümlülüğün tam tersi şekilde davranmaya mecbur eden bir başka yükümlülük olarak karşımıza çıkmaktadır. Buna göre hekim, bir suçun işlendiğine dair bir belirti ile karşılaştığında derhal ilgili makamlara bildirmekle yükümlüdür. Aksi takdirde 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 280. maddesinde belirtilen Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi suçunu işlemiş olacağından ceza takibatı ile karşı karşıya kalacaktır.

Diğer taraftan bulaşıcı hastalıkların bildirimleri bakımından 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 57. maddesi ile bu madde doğrultusunda Sağlık Bakanlığı tarafından belirlenen bazı bulaşıcı hastalıklar ile karşılaşılması durumunda hekimin yirmi dört saat içerisinde kanunda belirtilen makamlara bildirimde bulunması zorunlu tutulmuştur¹⁴⁴.

Görüldüğü üzere çalışma konumuz ile bağlantıları sebebiyle hekimin sadakat yükümlülüğü, hasta seçme hakkı ve tedavi yükümlülüğü ile hastanın gizlilik (mahremiyet) ve özel yaşama saygı hakkı, hastanın ve bazı hallerde hekimin bildirme yükümlülüğü; hekim ve hastaların hak ve yükümlülükleri arasında önem arz eden hususlardır¹⁴⁵. Bunlar arasında da özel olarak sır saklama yükümlülüğü ayrıntılı olarak incelenecektir.

Sır saklama yükümlülüğü başka bazı hekim hakları ile de bağlantılı olarak incelenebilir. Bu noktada hekimlerin özellik arz eden haklarından biri olarak hasta seçme ya da hastayı reddetme hakkına kısaca değinmek yerinde olacaktır. Hekimlerin mesleki özerkliğinin bir uzantısı olan bu hak, özel kurum ve kuruluşlara bağlı yahut serbest çalışan hekimler bakımından, acil durumlar haricinde ve hastanın tedavi

¹⁴⁴ Umumi Hıfzıssıhha Kanunu madde 57, 58, 59, (Çevrimiçi)

<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.3.1593.pdf> 22 Mart 2022.

¹⁴⁵ Tıbbi müdahale ilişkisi sebebiyle hekim ve hasta ve sağlık kuruluşu bakımından mevcut diğer hak ve yükümlülükler hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Kıcıoğlu, **a.g.e.**, ss. 61-137.

imkânını garanti altına almak koşulu ile kabul edilebilirken kamu kurumlarına bağlı çalışan hekimler bakımından kamu görevlisi olmaları hasebiyle kabul edilmemektedir. Ancak belirtilmelidir ki, kamu personeli de olsa hekimin şiddet görmesi gibi bazı özel durumlarda¹⁴⁶ yine tıbbi tedavinin garanti edilmesi koşuluyla hekimin hastayı ret hakkı bulunmaktadır¹⁴⁷. Doktrinde hastanın hekimi seçme hakkı ile hekimin hasta seçme hakkı yahut hastayı ret hakkı birbirine paralel şekilde ele alınmıştır. Bu itibarla iki hak da ancak hastaya bakabilecek bir başka hekimin bulunması durumunda kullanılabilir¹⁴⁸. Hekimin hastayı ret hakkı Hekimlik Meslek Etiği Kuralları madde 25'te düzenlenmiş olup ilgili maddede hekimin tıbbi bilgisini gerektiği gibi uygulayamayacağına karar verdiğinde bu hakkı kullanabileceğinden bahsedilmiştir. Bunun yanında mevcut koşullarda, yürürlükteki mevzuat uyarınca yalnızca kamu personeli olmayan hekimlerin belirtilen koşullar uyarınca hasta seçme hakkı bulunmaktadır.

Hekimin hasta seçme hakkı ile tedavi yükümlülüğü ve sır saklama yükümlülüğü birbiri ile ilintili olarak bazı durumlarda önem arz etmektedir. Bu bağlantı noktası özellikle hekimin sağlık sistemine dahil olmuş veya olmamış her hasta bakımından tıbbi teşhis ve tedavi yükümlülüğü bulunup bulunmadığı noktasında ele alınmalıdır. Hekimin tıbbi müdahale ilişkisi içerisinde olduğu bazı hastaların yakınlarının veya üçüncü kişilerin hayatı veya vücut bütünlüğünün bu hastalar sebebiyle tehlikeye girdiği bazı özel durumlarda hekimlerin tedavi yükümlülüğünün sınırının belirlenmesi zorunluluğu karşımıza çıkmaktadır: Genetik geçişli bazı hastalıklar ile bulaşıcı hastalıkların hasta olan bireylerin yakınındakileri haber verilip verilmemesi durumunda olduğu gibi¹⁴⁹. Bu noktada hekimin, AIDS teşhisi konulmuş

¹⁴⁶ Sağlık Bakanlığı tarafından yayınlanan Çalışan Güvenliği Genelgesi'nin 6. maddesi sağlık çalışanlarının hizmet sunumu sırasında şiddete uğramaları durumunda hizmetten çekilme hakkını düzenlemektedir. Madde metni ve hizmetten çekilme usulü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. (Çevrimiçi) <https://www.saglik.gov.tr/TR,3282/calisan-guvenligi-genelgesi-14052012.html> 16 Ocak 2022.

¹⁴⁷ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 133. Hekimin hizmetten çekilme hakkı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. M. Gökhan Türe, Oğuzhan Türe, "Hekimin Hizmetten Çekilme Hakkı", **TBB Dergisi**, S. 131, 2017, ss. 295-346; Tunalı, **a.g.e.**, s. 544.

¹⁴⁸ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 133.

¹⁴⁹ Hastanın gen yoluyla altsoyuna geçebilecek olan hastalığının, kızının telefon yoluyla bilgi isteyen nişanlısıyla paylaşılması örneğinde olduğu gibi. Örnekler için bkz. **A.e.**, s. 792, 793, 794.

hastasının eşı veya partnerinin sağılığı bakımından hukuken bir sorumluluk taşıyıp taşımadığı hususu bu duruma örnek verilebilir.

AIDS teşhisi konulmuş hastanın eşinin de bu hastalık sebebiyle sağılığının tehlikeye girmesi muhtemeldir. Hekimin hastasının eşini bilgilendirmekle yükümlü olup olmadığı, bunun yanında bilgilendirdiğı durumda sır saklama yükümlülüğünün ihlali sebebiyle hukuki veya cezai olarak sorumlu tutulup tutulamayacağı hususu tartışmalı bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır. Kanaatimizce ilgili başlık altında da değinildiğı üzere, hekim-hasta arasındaki ilişki telefonla soru sormakla dahi olsa hekim ile hasta arasında doğrudan bir bağlantı kurulan ilk anda başlamaktadır. Dolayısıyla hekimin sağılıklı eş açısından bu şekilde bir tedavi veya teşhis başlangıcı mevcutsa; yukarıdaki açıklamalar da göz önünde bulundurulduğunda şartlar oluşmadan ilgili hastanın hekimliğini yapmaktan vazgeçmesi mümkün değildir. Ancak sağılıklı eş ile aralarında böyle bir hekimlik sözleşmesi mevcut değilse AIDS'li hastanın eşinin bilgilendirilmesi şeklindeki bir yükümlülük, hekimin tedavi yükümlülüğünün sınırlarını öngörülemez şekilde genişleteceğinden, hekime sınırsız bir sorumluluk alanı doğuracaktır. Nitekim yukarıda incelenen hekimin hasta seçme hakkı dikkate alındığında da hekimlerin doğrudan bağlantı kurdukları hastalar bakımından tıbbi müdahale ilişkisi şeklinde bir hukuki ilişkinin meydana geldiğı dolayısıyla hekimin doğrudan AIDS'li hastanın eşini bilgilendirmesi şeklinde bir yükümlülük taşımadığını söylemenin, hakkaniyet açısından daha uygun olacağı kanaatindeyiz¹⁵⁰. Bunun yanında bulaşıcı hastalıkların ilgili mercilere bildirilmesi şeklindeki yükümlülüğe ilişkin hükümler saklıdır. Ancak bu durumda dahi hekimin doğrudan hastanın yakınlarını bilgilendirmesinden değil, durumu ilgili mevzuat hükümlerinde gösterilen yetkili makamlara bildirmesi şeklindeki bir yükümlülüğten bahsedilmektedir.

Konu ile ilgili 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 46. maddesi uyarınca hekimler ve diğer sağılık personelinin meslekleri dolayısıyla öğrendikleri

¹⁵⁰ Hekimin AIDS hastasının eşı ile hekimlik sözleşmesi kurmuş olup olmaması şeklinde bir aynm yapmaksızın AIDS hastalığı gibi bulaşıcı hastalık taşıyan hastaların aynı evde yaşayan akrabalarının bilgilendirilmesi gerektiğı de doktrinde savunulan bir görüş olarak karşımıza çıkmaktadır. Bkz. Cin, a.g.e., s. 65-66.

bilgiler bakımından tanıklıktan çekinme hakları bulunmaktadır. Aynı yönde bir düzenleme olarak 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 249. maddesi de gösterilebilir. Bu düzenlemeler de hekimin bu konuda bilgi vermekten imtina etmesine dayanak teşkil edebilir. Ancak tanıklıktan çekinme hakkı bulunsa da hekim, hakim tanık olarak açıklamada bulunması yönünde karar alması durumunda açıklamada bulunmak zorunda olup bu durumda artık hekimin tanıklıktan çekinme hakkına dayanarak açıklama yapmaktan imtina edemeyeceği ifade edilmektedir¹⁵¹. Yine hekimin HMK 249 ve CMK 46. maddelerindeki bu düzenlemeler doğrultusunda tanıklıktan çekinme hakkı bulunsa da bu hak sır sahibinin yani hastanın hukuka uygun rızası bulunması durumunda ortadan kalkacaktır. Dolayısıyla hasta sırrının açıklanmasına müsaade etmişse, yalnızca hekimin sır saklama yükümlülüğü ortadan kalkmayacak, hekimin bu konuda açıklama yapmak zorunluluğu da ortaya çıkmış olacaktır. Ancak doktrinde üçüncü kişilerin daha üstün yararının söz konusu olduğu durumlarda hekimin, hastasını AIDS hastasının eşi örneğinde olduğu gibi ilgili üçüncü kişileri bilgilendirmesi konusunda uyarması, hasta bu bildirimi yapmadığı takdirde hekimin koruma yükümlülüğü gereği üçüncü kişilere bu hususta bildirimde bulunmasının sır saklama yükümlülüğünün ihlali anlamına gelmeyeceği ifade edilmektedir¹⁵². AIDS hastasının gizliliğinin sağlanması, buna karşılık hastanın, yakınları bakımından gerekli bildirimleri yapması hususunda uyarılması gerektiği ifade edilmektedir. Zira söz konusu durumlarda hekimin sır saklama yükümlülüğü ihlal edilen değerlerin kıyaslanması karşısında bildirim yükümlülüğüne dönüşmektedir¹⁵³. Buna karşılık hastanın gerekli bilgilendirmeyi yapmadığı durumda, gizlilik kuralı ile korunmak istenen yarar karşısında, hastanın yakınlarının sağlık ve yaşam hakları elbette öncelikli olacağından hekimin bildirimde bulunabileceği kabul edilmelidir. Doktrinde AIDS söz konusu olduğunda hekimin sır saklama yükümlülüğünün geri planda kalacağı, ancak hekimin AIDS pozitif hastanın partnerinin de hekimi olmaması durumunda olduğu gibi garantör sıfatı taşımadığı

¹⁵¹ Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s. 48.

¹⁵² Zeytin, **a.g.e.**, s. 81.

¹⁵³ Yusuf Büyükkay, "Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü", **AÜEHFD**, C. VIII, S. 1-2, 2004, ss. 393-396, s. 391.

durumlarda, hekime bildirme yükümlülüğü de yüklenemeyeceği ifade edilmektedir¹⁵⁴. Bu durumda hekimin ceza hukuku bakımından sorumluluğu ise; çalışmamızın son bölümünde incelenecektir.



¹⁵⁴ Adolf Laufs, **Arztrecht**, verbesserte und erweiterte 5. Auflage, 1993, ss. 244-245, kn. 431,432'den aktaran Zeytin, **a.g.e.**, s. 81.

İKİNCİ BÖLÜM:

TIBBİ MÜDAHALELERDE HEKİMİN SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE BU YÜKÜMLÜLÜĞÜN İHLALİNDE HUKUKİ SORUMLULUK

2.1. Genel Olarak

Hekim, sağlık alanında sahip olduğu bilgi, beceri ve donanım sebebiyle hekim-hasta ilişkisinde bir otorite konumundadır. Dolayısıyla bu otoriteye güven duyan hasta, tedavi için hekime başvurmaktadır. Tedavinin sonuç verebilmesi için ise hasta tarafından kimi zaman hastanın özel hayatına dair birtakım hususları da içeren bilgilerin hekime aktarılması gerekmektedir¹. Zira bazı durumlarda bu özel bilgiler tedavi ile ilgili hayati önem taşımakta ve tedavinin olumlu sonuçlanması için muhakkak gerekli olmaktadır. Ancak hasta konumundaki bireyin, tedavi amaçlı da olsa hiçbir güvence verilmeksizin özel hayatına ilişkin ayrıntıları paylaşmak zorunda bırakılması, özel hayatın gizliliğine ilişkin mevzuat hükümlerinde de koruma altına alınan hukuki değere dolayısıyla özel hayatın gizliliğinin sağlanmasına yönelik menfaate aykırı düşecektir. Bu sebeple hastanın tedavinin devamı bakımından gerekli özel bilgileri hekime rahatça aktarabilmesi için hekimin bu bilgileri gizli tutacağına ve ilgisiz kişilerle paylaşmayacağına dair güven duyması gerekir².

Özellikle psikiyatri gibi tıbbın bazı alanlarında tedavinin istenilen olumlu neticeyi verebilmesi için hastanın duygu ve düşünceleri, niyetleri ve hatta rüyaları gibi

¹ Sinem Karasu, **Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009, s.1; Süheyl Donay, **Meslek Sırrının Açıklanması Suçu**, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1978, s. 3; M. Onursal Cin, “Tıp Etiği ve Cezai Sorumluluk”, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), **Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, 2004, s. 59.

² Mehmet Ayan, **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk**, Ankara, Kazancı Matbaacılık, 1991, s. 98. Meslek sırrının saklanması, söz konusu mesleki faaliyetin gereği gibi yerine getirilmesine ilişkin bir kamu yararı bulunduğu dair bkz. Fatih Selami Mahmutoglu, Selman Dursun, **Türk Hukukunda Müdafinin Yasaklılık Halleri**, Ankara, Seçkin, 2004, s. 80; Sedat Erdem Aydın, **AİHM İçtihatları Bağlamında Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu**, İstanbul, Onikilevha, 2015, ss. 114, 115.

hayatın çok özel kısımlarına dair bilgileri daha fazla önem arz eder³. Zira hekim, bu tedavilerde hastanın özel hayatının derinliklerine inerek onun sır alanını denetim ve etki altına almakta, onunla vekalet ilişkisindeki hukuki bağın da ötesinde duygusal bir bağ kurmaktadır⁴. Bu durumda da hastanın hekime yukarıda bahsettiğimiz hususlarda güven duyması ve hiçbir endişe taşımadan bu bilgileri aktarması gerekecektir.

Hastalığın teşhisi ve tedavisi sırasında, hastanın özel bilgilerini aktarmak hususundaki şüphe ve tereddütlerini gidermek için önceleri yalnızca etik ilkelerle, daha sonra tarihsel gelişim süreci içinde aşağıda ele alacağımız mevzuat hükümleriyle de desteklenmek suretiyle hekimlere ve ilgili diğer sağlık personeline hastanın sırlarını saklama yükümlülüğü getirilmiştir⁵. Nitekim temeli Hipokrat Yemini'ne dayanan Hekimlik Andı da "*Hastanın bana açtığı sırları, yaşamını yitirdikten sonra bile gizli tutacağım*" şeklindeki ibare ile hekimlerin mesleğe başlarken ve meslek hayatları boyunca hastalar ile ilgili vakıf oldukları sırları, ömürleri boyunca saklama taahhüdü vermelerini sağlamaktadır⁶.

Bu açıklamalar bağlamında kişilik haklarının ve aşağıda ele alınacak olan anayasal bir hak olarak kişisel verilerin korunması hakkının sağlık alanındaki bir görünüm şekli olan sır saklama yükümlülüğü, insan onurunun bir gereği olarak karşımıza çıkmaktadır⁷. Diğer taraftan hekimin sır saklama yükümlülüğünü yerine getirmesi ve bu itibarla hastanın sırlarının gizliliğine riayet etmesi, hastaların ve genel olarak toplumun hekimlere ve sağlık sistemine güven duymasını sağlar. Buna karşılık herhangi bir hekimin sır saklama yükümlülüğünü ihlal ederek hastanın bu hususta kendisine duyduğu güvene aykırı hareket etmesi durumunda hekimlik mesleği toplum nezdinde de itibarsızlaştırılmış olacaktır. Bu itibarla kişilik haklarını ve insan onurunu koruma altına almasının yanında sır saklama yükümlülüğü hekimlik mesleğini

³ Rahime Erbaş, **Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğü**, İstanbul, Onikilevha, 2015, s. 6; Yusuf Büyükay, "Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü", **AÜEHFD**, C. VIII, S. 1-2, 2004, ss. 393-396, s. 385; Karasu, **a.g.e.**, s. 1.

⁴ Cemal Öztürkler, **Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları**, Ankara, Seçkin, 2006, s. 60.

⁵ Mustafa Reşit Belgesay, **Tıbbi Mesuliyet**, İstanbul, M. Sıralar Matbaası, 1954, s. 145.

⁶ Hekimlik Andı, (Çevrimiçi) https://www.ttb.org.tr/haber_goster.php?Guid=b6b3bd8a-c9e0-11e7-8a71-159198489f44 07 Nisan 2022.

⁷ Hakan Hakeri, **Tıp Hukuku**, Güncellenmiş 18. Baskı, Ankara, Seçkin, 2020, s. 790; Ayan, **a.g.e.**, s. 98; Cin, **a.g.e.**, s. 58, 59.

korumayı da amaçlamaktadır⁸. Bütün bunların yanında sır saklama yükümlülüğü toplumu oluşturan bireyler arasındaki güveni tesis ettiğinden sosyal yaşamı da koruma altına almakta, dolayısıyla sırrın korunmasında toplumsal menfaatin de bulunduğu kabul edilmektedir⁹.

Sır saklama yükümlülüğü, hekim ve diğer sağlık mesleği mensupları bakımından bir vekalet sözleşmesi olarak kabul edilen tıbbi müdahale ilişkisinin getirdiği sadakat yükümlülüğünün bir uzantısı olarak görülmektedir¹⁰. Buradan hareketle sır saklama yükümlülüğünün hastane ya da muayenehanedeki diğer personel veya hastane yöneticileri bakımından da geçerli olması gerektiği açıktır. Nitekim hekimin tedavi sırasında edindiği veriler, hastane bünyesinde bulunan diğer sağlık personeline de ulaşılabilir durumda olduğundan hasta kayıtlarının düzenlenmesi ve saklanması sırasında herkesçe geçerli bir sır saklama yükümlülüğünden bahsedilebilecektir. Ancak konunun sınırlandırılması açısından bu çalışmada sır saklama yükümlülüğü hekimler açısından ele alınıp incelenecektir.

Hekimin sır saklama yükümlülüğü bağlamında gizliliğe esas teşkil eden konu ilk bakışta sır olarak kabul edilebilir. Bunun yanında sır kavramı ile kişisel veri kavramının da birbiri ile yakın ilişkili olduğu vurgulanmalıdır. Zira özellikle inceleme konusu yapılacak olan ceza sorumluluğu açısından ele alındığında görülecektir ki 5237 sayılı TCK'da kişilerin gizli tutmak istedikleri hususların bu gizliliğini koruma altına alan hükümler genel olarak kişisel veriler nezdinde düzenleme altına alınmıştır. Bunun yanında sır kavramı ile kişisel veri kavramlarının birbiri ile örtüştüğü alanlar mevcut olsa da ayrıldığı alanlar da bulunmaktadır. Dolayısıyla sır ile kişisel veri kavramlarını biri diğerini içine alan daha geniş bir kavram olarak ele almanın yerinde olmadığını, buna karşılık iki kavramın birbirinden ayrı kavramlar olduğunu, ancak kesiştiği noktaların da bulunduğunu kabul etmek yerinde olacaktır. Bu bağlamda sır kavramı ile kişisel verilerin korunması bağlamında kişisel veri kavramına ayrı ayrı değinmek gerekir. Nitekim hekimin sır saklama yükümlülüğü meslek sırrı esasına

⁸ Cin, **a.g.e.**, s. 62; Sadık Okay, “Meslek Sırrını İfşa”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 10, S. 1, 1953, ss. 235-245, s. 235. Ayrıca AİHM de Z v. Finlandiya Kararında bu hususa değinmiştir. Karar için bkz. aşağıya, s. 86.

⁹ Okay, **a.g.e.**, s. 235.

¹⁰ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 789.

dayandırabileceği gibi kişisel verilerin korunması esasına da dayandırılabilir. Bu bağlamda söz konusu yükümlülük meslek sırrı özelinde sır kavramı ve kişisel verilerin korunması esasları açısından ayrı ayrı incelenmelidir.

2.2. Sır

2.2.1. Genel Olarak

Sır kavramı genel olarak özel hayatın gizliliği hakkı ve mahremiyet kavramı ile ilişkili olarak ele alınmalıdır. Mahremiyet kavramı hususunda ilk bölümde yapmış olduğumuz açıklamaları hatırlatmakla yetinmekteyiz. Bu bağlamda mahremiyet hakkı özel hayatın gizliliği hakkını da içine alan ancak daha geniş bir kavram olarak kabul edilebilir. Bunun yanında özel hayatın gizliliği hakkının anlamlandırılabilmesi için öncelikle özel hayat kavramının tanımlanması gerekir. Öte yandan özel hayat kavramının tanımının yapılması oldukça güçtür. Bu sebeple özel hayatı bireylerin hayat alanları bağlamında ayırt ederek özel hayatın kapsamını belirlemek yerinde bir yaklaşım olacaktır. Bu yaklaşım doğrultusunda özel hayat alanının sınırları belirlendikten sonra sır şeklinde nitelendirdiğimiz olay ve olguların bu alanlar açısından nerede bulunduğunu saptamak gerekir.

Kişilerin yaşam alanları; ilki kamuya açık olan, ikincisi özel hayat alanını oluşturan ve üçüncüsü özel hayatın da ötesinde gizli hayat alanı ya da sır alanı olarak adlandırılan üç kısımdan oluşmaktadır¹¹. *Kamuya açık olan hayat alanı* ya da *ortak hayat alanı*, gizlilik hususunda herhangi bir koruma talep edilmeyen, toplumda yaşayan bireyin tanıdığı yahut tanımadığı diğer insanların bilgi ve görgüsüne açık olan alandır¹². Diğer bir deyişle ortak yaşam olarak da adlandırılan bu alan dahilinde kişilerin diğer kişilerle ilişkileri ve bu anlamda aleni faaliyetleri söz konusudur¹³. Ancak bu alanda da kişilerin mahremiyetinin tamamen korumasız bırakılması

¹¹ Donay, **a.g.e.**, s. 20; Mahmut Koca, İlhan Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 7. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2020, s. 545; Hasan Tahsin Gökcan, Mustafa Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi- Cilt 3: Madde 86-140**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2021, s. 4854; Yahya Deryal, **Sağlık Hukuku Problemleri**, Seçkin, b.y. yok, 2012, s. 178; Elif Küzeci, **Kişisel Verilerin Korunması**, 4. Baskı, İstanbul, Onikilevha, 2021, s. 79.

¹² Cin, **a.g.e.**, s. 59; Hüseyin Can Aksoy, **Medeni Hukuk ve Özellikle Kişilik Hakkı Yönünden Kişisel Verilerin Korunması**, Ankara, Çakmak Yayınevi, 2010, s. 50.

¹³ Donay, **a.g.e.**, s. 21; Küzeci, **a.g.e.**, s. 79.

düşünülemez. Kamusal alanda bireylerin ses ve görüntülerinin usulsüz kayıt altına alınması ve kullanılması da mahremiyetin ihlali anlamına gelecektir¹⁴. Bu ihlalin önüne geçebilmek için kamusal alanda *kalabalığın içinde “dikkat çekmezlik, tanınmazlık ve bilinmezlik”* ilkelerinin geçerli olacağı kabul edilmektedir¹⁵. Bu bağlamda herkese açık olan ortak yaşam alanlarında da olsa kişilerin görüntülerinin veya seslerinin kayıt altına alınması, bunların izinsiz ve usulüne aykırı şekilde kullanılması yahut saklanması gibi davranışlar mahremiyetin ihlali sayılacak ve özel hayatın gizliliğinin ihlali hükümleri uyarınca yaptırım gerektirecektir¹⁶.

Özel hayat alanı ise genel anlamıyla kişilerin kapalı ve gizli tutmak istedikleri alanı ifade eder. Bu bağlamda özel hayat alanı, genel olarak kişinin ortak hayat alanının dışında kalan alan olarak kabul edilebilir. Bunun yanında kamuya açık olmasa da belli sayıda kişi ile paylaşılan hayat alanı da özel hayat alanı içerisinde kabul edilir¹⁷. Şöyle ki kişiler topluluk önünde yaşadıkları alanı kendileri belirlediğinden kişilerin özel hayat alanı da kamuya açık olması tercih edilen alanın dışında kalan, ancak sınırları da yine kişilerin kendisi tarafından belirlenen alandır¹⁸. Bu itibarla genel anlamda özel hayat, kişilerin birlikte yaşadıkları ortak hayat alanının dışında kalan ancak insanın yalnızca gözlerden uzak olduğu alanı değil, kendi varlığını ve gelişimini devam ettirmek için bir ölçüde diğer insanlarla kurduğu ilişkileri de içine alan buna

¹⁴ Bu şekilde kamusal yaşam alanı da korumasız bırakılmış olacaktır. Örneğin bir kamera sistemiyle elde edilen verilerin de aşağıda kişisel verilerin korunması bağlamında koruma altına alınması esastır. Bu verilerin korunması yalnızca mahremiyet anlamında ele alınmaz. Zira ilgili başlık altında yer verileceği üzere kişisel verilerin korunması yalnızca gizlilik esasına dayanmamaktadır. Bu bağlamda gizli alana dahil olmasa da kişilere dair elde edilen bu şekildeki verilerin serbestçe paylaşımı kişilik haklarının ihlali teşkil edecektir. Bkz. Küzeci, **a.g.e.**, s. 80.

¹⁵ Bahri Öztürk, Elif Altınok Çalışkan, Serkan Seyhan, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku Teorik ve Pratik Çalışma Kitabı**, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, Seçkin, 2022, s. 23; Bkz. Yargıtay 12. CD. 2019/1003 E. 2020/1418 K. sayılı 12.02.2020 tarihli Kararı: Söz konusu kararda özel hayat alanına dahil olaylar bakımından kişilerin hayat alanları bağlamda keskin bir ayrım yapmanın hakkaniyetsiz olacağı, bu bağlamda kişinin kamusal alanda da olsa ses ve görüntüleri gibi verilerinin özel hayatın gizliliği hakkı kapsamında koruma altında olması gerektiği ifade edilmiştir.

¹⁶ Aksoy, **a.g.e.**, s. 51. Bu bağlamda bir görüş bireyin hayat alanlarını sıralarken kamusal hayat alanı, özel alan ve sır alanı şeklindeki ayrım içerisinde olduğunu ancak bunların hepsinin bir araya gelerek yine kişinin özel hayat alanını oluşturduğunu ifade etmektedir: Çiğdem Ayözger Öngün, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, Genişletilmiş 2. Baskı, İstanbul, Beta, 2019, s.23.

¹⁷ Küzeci, **a.g.e.**, s. 79; Pınar Nur, **Vergi Hukuku Açısından Kişisel Verilerin Korunması**, İstanbul, Onikilevha, 2022, s. 35.

¹⁸ Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 544; Donay, **a.g.e.**, s. 23.

Görüldüğü gibi özel hayat alanına dahil olay ve olguların sınırları belirgin değildir. Bu açıdan özel hayat alanının sınırlarının kişiler arasında farklılık göstereceği kabul edilmelidir. Nitekim kamuya mal olmuş kişilerle bu niteliğe sahip olmayan kişilerin özel hayat alanlarının farklı olacağı aşikardır. Bu noktada özellikle basına yansıyan çeşitli sağlık haberlerine de konu olan, kamuya mal olmuş kişilerin durumu da özel hayat alanının sınırları noktasında ele alınabilir. Bu kişilerin özel hayat alanlarının bir kısmını kaybettikleri kabul edilmektedir. Bu kişiler bakımından özel hayata saygı hakkının kapsamı bir miktar daralmaktadır²³. Zira bulundukları konum itibariyle bu kişiler, hayatlarının bir kısmını kamuya açık hale getirmektedir. Basın özgürlüğü gibi hususlar da göz önünde bulundurulduğunda bu durumdaki kişiler hakkında yapılacak araştırmalar ve eleştirilerin sınırlarının özel kişilere göre daha geniş olduğu görülecektir²⁴.

¹⁹ Şeref Gözübüyük, Feyyaz Gölcüklü, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi**, 11. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2016, s. 352; Donay, **a.g.e.**, s. 21; Ahmet Kılıçoğlu, **Medeni Hukuk**, 3. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2021, s. 303-304; Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 545; Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s. 4855.

yaşam alanının içerisinde yer alan, özel yaşam alanının en dar ve çekirdek kısmını, kişinin kendisi veya belirlediği bazı yakınları dışındaki kimselerin bilgi ve görgüsüne kapalı tuttuğu mahrem alanı ifade eder²⁵. Sır alanı, yalnızca sır sahibinin kendi istek ve iradesi ile paylaşıldığında başkaları tarafından öğrenilebilecek olan olayları kapsayan yasak bir alandır²⁶. Kişilerin istedikleri gibi hareket edebildiği ve gelişimlerini sağlayabildikleri bu alanının mevcudiyeti, yalnız kalma hakkı ile ilişkilendirilmektedir²⁷. Sırrın hukuken korunmasının dayanağı özel hayatın korunmasıdır. Bu açıdan sırrın korunması, özel yaşamın korunmasını da amaçlamaktadır²⁸. Nitekim sır, bireyin şahsi yaşam olaylarını konu edindiğinden sırrın ifşası halinde özel yaşamın gizliliğinin ihlali de söz konusu olacaktır.

AİHS'nin 8. maddesi kapsamında korunan özel ve aile hayatına saygı hakkının bir uzantısı da mahremiyetin veya özel hayatın gizliliğinin korunması hakkıdır. Genel olarak özel hayatın, kişinin maddi ve manevi varlığını gerçekleştirmesi ve geliştirmesi için Anayasa'nın 20. maddesi uyarınca dış müdahalelerden korunması gerektiği ifade edilmiştir. Özel hayatın gizliliği hakkı, birinci kuşak haklardan biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunun yanında kişilik hakkı olarak adlandırılan haklar grubu, kişisel varlıklar üzerindeki kişiye bağlı mutlak haklar olarak kabul edilmektedir. Yaşam, sağlık gibi varlıklar maddi kişisel varlıklar arasında; özel hayat ve his yaşamı gibi varlıklar ise manevi kişisel varlıklar arasında sayılmıştır²⁹. Dolayısıyla özel hayat da kişilik hakkının koruması alanına giren kişisel varlıklar içerisinde incelenmektedir³⁰. Bu bağlamda özel hayatın hem insan hak ve özgürlükleri hem de kişilik hakları anlamında koruma altına alınan bir mefhum olduğu ifade edilmelidir.

Genel anlamda *özel hayat* olarak adlandırabileceğimiz sır alanını da içinde bulunduran yahut genel olarak kişisel sırların oluşturduğu alanın korunması

²⁵ Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 16. Baskı, Ankara, Seçkin, 2021, s. 566; Veli Özer Özbek, **Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı- TCK İzmir Şerhi- Cilt 2**, Ankara, Seçkin, 2008, s. 941; Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s. 4853, 5856; Küzeci, **a.g.e.**, s. 79; Aksoy, **a.g.e.**, s. 52.

²⁶ Cin, **a.g.e.**, s. 59.

²⁷ Kılıçoğlu, **Medeni Hukuk**, s. 304; Donay, **a.g.e.**, s. 22: Bu sebeple Donay, sır alanı şeklinde ifade edilen gizli yaşam alanının, kişinin sadece kendisinin bildiği olay ve olgulardan oluşan bu anlamda üçüncü kişilerin dahil olmadığı alan olduğunu kabul etmektedir.

²⁸ Donay, **a.g.e.**, s. 12, 14.

²⁹ Kılıçoğlu, **Medeni Hukuk**, ss. 296, 297, 301, 302.

³⁰ Cin, **a.g.e.**, s. 58.

alanını oluşturan olgulardır³⁶. Bununla birlikte özel hayat alanı kapsam olarak mahremiyetin yanında kişilerin sosyal hayatı ile ticari hayatı ve iş hayatını da içerdiği ifade edilmektedir³⁷. Ancak AİHM tarafından yapılan çeşitli yorumlar dikkate alındığında özel hayatın tanımlanmasının ve sınırlarını soyut olarak belirlemenin başlangıçta mümkün olmadığı, bu bakımdan AİHM tarafından kazuistik olmayan bir yöntem benimsenerek verilen her kararda somut olayın koşullarına göre değerlendirme yapıldığını belirtmek mümkündür³⁸. Görüldüğü üzere özel hayat, eksiksiz şekilde tanımı yapılamayacak bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır.

Hukuken ve ahlaken koruma altına alınan özel hayat alanı ve sır alanındaki olay ve olguların bir “sır” olarak kabul edilmesi ve bu anlamda söz konusu korumadan yararlanması gerekmektedir³⁹. Bunun yanında özel hayatın gizliliğine yönelik hakkın yani daha geniş bir ifade ile mahremiyet hakkının, yalnız bırakılmaya hak ve kişisel verilerin korunması hakkı olarak iki boyutlu şekilde incelenmesi gerektiği ifade edilmektedir⁴⁰. Bu bağlamda özel hayatın gizliliği hakkını sır saklama yükümlülüğü bağlamında anlamlandırmak için kavramsal olarak sırrı ve akabinde kişisel veriler kavramını ele almak gerekir.

2.2.2. Kavramsal Açıdan Sır

Sır, herkesçe bilinmeyen ve gizli kalması sahibinin ya da ilgili olduğu kişinin yararına olacak olan, açıklanması halinde de zarara yol açacak olan olay veya olgulardır⁴¹. Herkesçe bilinen şeyler sır olarak kabul edilemez⁴². Ancak belli ve sınırlı

³⁶ Gözübüyük, Gölcüklü, **a.g.e.**, s. 352, 353, 354, 360.

³⁷ Gülay Arslan Öncü, **Bireysel Başvuruda Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkı**, İstanbul, Beta, s. 18.

³⁸ Gözübüyük, Gölcüklü, **a.g.e.**, s. 352.

³⁹ Cin, **a.g.e.**, s. 59-60.

⁴⁰ Öncü, **a.g.e.**, s. 76. Kişisel verilerin korunması hakkının aşağıda ele alacağımız üzere son yıllarda özel yaşamın gizliliği hakkından ayrılarak kendine özgü bir alan haline geldiği yönündeki görüş için bkz. Küzeci, **a.g.e.**, s. 78. Mahremiyet hakkı ile bağlantılı olan yalnız bırakılmaya hakkın doğrudan yaşam hakkının sınırları içerisinde ele alınması gerektiği de ifade edilmektedir: bkz. Samuel D. Warren, Louis D. Brandies, Boston, Harvard Law Review, C. IV, S. 5, 1890’dan aktaran Sedat Erdem Aydın, **a.g.e.**, s. 18; Aksoy, **a.g.e.**, s. 48.

⁴¹ Donay, **a.g.e.**, s. 4; İlke Gürsel, **İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016, s. 8; Cengiz Topel Çiftçioğlu, **Sırrın Korunması Boyutuyla Ticari Sır, Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrının Açıklanması Suçu**, Ankara, Seçkin, 2017, s. 34.

⁴² Erem, **a.g.e.**, s. 839.

sayıda kimsenin bildiği hususların sır olarak kabul edilebilmesi de mümkündür⁴³. Nitekim bir şifrenin belirli sayıda insan tarafından bilinmesi onun gizliliğini ortadan kaldırmayacağı gibi sır vasfını da ortadan kaldırmaz⁴⁴. Bilinme sayısı ise nispi bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır⁴⁵. Bu bakımdan bilinme sayısının gizliliğin niteliğine etkisi her olay için değişiklik gösterecektir.

Bu tanım ve belirlemelerin yanında sırrın kapsamı açısından net bir çerçeve çizmek adına bazı koşullar aranmalıdır. Bir olayın veya olgunun sır alanına dâhil olabilmesi veya sır olarak nitelendirilebilmesi için objektif ve sübjektif olmak üzere iki koşulu taşıması gerekmektedir⁴⁶.

2.2.2.1. Objektif Koşul

Objektif koşul, söz konusu olay veya olgunun herkesçe izlenebilir veya bilinir olmaması ya da bilinmemesidir⁴⁷. Doktrinde bu koşulu sırrın aleniyeti olmaması şeklinde ifade eden bir görüş de bulunmaktadır⁴⁸. Herkesçe bilinen yahut bilinmesi gereken olgular sır olarak kabul edilemez⁴⁹. Bilinme sayısı arttıkça bu durum veri sahibinin iradesi dışında olsa da veya veri sahibi tarafından söz konusu veri halen daha gizli tutulmak istense de söz konusu olay veya olgu, sır alanından çıkıp dar anlamda özel yaşama veya ortak yaşam alanına dâhil edilir⁵⁰. Zira söz konusu olay veya olgu ile ilgili objektif koşul sağlanmamaktadır. Ancak sır sahibinin dışında belli ve sınırlı sayıda kişinin bildiği hususlar da sır olarak kabul edilebilir⁵¹. Mühim olan sır olarak adlandırılan olay veya olgunun aleni olmamasıdır. Bunun yanında suç sabıkası gibi,

⁴³ Donay, **a.g.e.**, s. 4; Cin, **a.g.e.**, s. 60.

⁴⁴ Donay, **a.g.e.**, s. 5; Erem, **a.g.e.**, s. 839.

⁴⁵ Cin, **a.g.e.**, s. 60.

⁴⁶ Doktrinde bu şartları *gerçeklik, bilinmezlik, gizli tutma iradesi ve saklanma hususunda bir hukuki menfaatin mevcudiyeti* şeklinde dört başlık altında inceleyen bir yaklaşım da bulunmaktadır: Burak Başel, **Bankacılık Sırrının Açıklanması Suçu**, Ankara, Seçkin, 2021, ss. 61-64.

⁴⁷ Hayrunnisa Özdemir, “Hadım Etme ve Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 14, S. 1, 2010, ss. 125- 164, s. 139; Kılıçoğlu, **Medeni Hukuk**, s. 305-306; Karasu, **a.g.e.**, s. 45; Nebahat Kayaer, “Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğünün İstisnaları”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 15, S. 170, 2020, ss. 2032-2048, s. 2033; Donay, **a.g.e.**, s. 6.

⁴⁸ Büyükkay, **a.g.e.**, s. 386.

⁴⁹ Donay, **a.g.e.**, s. 7.

⁵⁰ Kılıçoğlu, **Medeni Hukuk**, s. 306.

⁵¹ Faruk Erem, “Avukatlık Sırrı”, **Ankara Barosu Dergisi**, S. 5, 1969, ss. 837-841, s. 839; Erbaş, **Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğü**, s. 13; Ayan, **a.g.e.**, s. 99.

geçmişte herkesçe bilinen bir olay da zamanla kişinin sır alanına dahil olabilir⁵². Sabıka kayıtlarının gizliliğinin amacı da kişinin diğer kişilerle eşit bir konumda ve topluma yeniden kazandırılarak yaşamına devam etmesidir⁵³. Görüldüğü üzere sır alanına dahil olan bir olay veya olgu zamanla bu alandan çıkabileceği gibi sır alanına dahil olmayan olay veya olguların da sonradan sır sayılabilmesi mümkündür.

2.2.2.2. Sübjektif Koşul

İkinci koşul olan sübjektif koşul ise sır sahibinin söz konusu olay veya olguyu gizli tutma iradesi ve onun üçüncü kişiler tarafından öğrenilmesini istememesidir⁵⁴. Bu yöndeki irade, sır sahibinin açık beyanlarından, söz konusu alana girilmesini engelleyen maddi engellerden (çevredeki çitler, duvarlar gibi) ve yaşam deneyimlerinden (evlilik ve aile ilişkilerinin niteliği gereği herkesçe sır alanına dâhil olduğunun bilinmesinde olduğu gibi) anlaşılabilir⁵⁵. Bunun yanında bu irade, açık değilse de sır sahibinin bunu alçak sesle anlatması örneğinde olduğu gibi gizli olduğu anlaşılacak birtakım emarelerle de açıklanabilecektir⁵⁶. Açık veya örtülü olarak böyle bir açıklama söz konusu olmasa da bilginin açıklanması sır sahibi bakımından zarara yol açacaksa bu bilgi sır sayılmalıdır⁵⁷. Nitekim sır sahibinin; sabıkası, vergi kayıtları, mali durumu gibi hususlar ile avukatlarının ve doktorlarının meslekleri sebebiyle sır sahibi hakkında öğrendiği bilgiler, gizli tutulmasında kişinin yararı olacağı belli olan olay ve olgular olduğundan sübjektif iradenin varlığının kabul edilmesi gerekmektedir⁵⁸.

⁵² Erem, **a.g.e.**, s. 839.

⁵³ Kılıçoğlu, **Medeni Hukuk**, ss. 306-307.

⁵⁴ Donay, **a.g.e.**, s. 5; Özdemir, **a.g.e.**, s. 140; Karasu, **a.g.e.**, s. 45; Kayaer, **a.g.e.**, s. 2034.

⁵⁵ Kılıçoğlu, **Medeni Hukuk**, s. 307.

⁵⁶ Karasu, **a.g.e.**, s. 45; Donay, **a.g.e.**, ss. 5-6. Sır sahibinin ya da ilgili olduğu kişinin açık veya örtülü olarak böyle bir irade açıklamasında bulunması durumunda sübjektif unsurun gerçekleşmiş olacağını savunan görüş *irade kuramı*, irade açıklayamayacak durumda olmayan kişiler açısından söz konusu sır olduğu tahmin edilen olgunun açıklanmamasında yarar bulunması durumunda sübjektif unsurun gerçekleşmiş olacağını savunan görüş ise *yarar kuramı* olarak isimlendirilmiştir: Bkz. **A.e.**, s. 6.

⁵⁷ Karasu, **a.g.e.**, s. 45.

⁵⁸ Kılıçoğlu, **Medeni Hukuk**, s. 308.

2.2.3. Meslek Sırrı

Meslek sırrı, bir mesleğin icra edilmesi sırasında meslek sahibi tarafından zorunlu olarak edinilen, doğrudan mesleğin icrası ile ilgili olan, üçüncü kişiler tarafından bilinmeyen ve meslek sahibine gizlilik hususunda güvenilerek aktarılan olay, durum veya olgulardır⁵⁹. Bu tanımdan hareketle sır olarak adlandırılan bir hususun bir mesleğin icrası vesilesi ile öğrenilmiş olması durumunda söz konusu sır meslek sırrı vasfını kazanmış olur⁶⁰. Meslek sırrı kavramı ile genel olarak kişilere ait, kişilerin özel yaşam alanlarını ilgilendiren kişisel hususlar kastedilmektedir⁶¹.

Meslek sırrı ilkesi sağlık çalışanları, avukatlar, kolluk görevlileri, noterler ve gazeteciler gibi meslekler bakımından geçerlidir⁶². Zira söz konusu mesleklerde meslek erbabı ile kişiler arasında bir güven ilişkisi meydana gelmektedir⁶³. Meslek sırrı ilkesinin geçerli olduğu durumlarda meslek sahibine, sır sahibi tarafından sır olarak kabul edilen hususlar aktarılmaktadır. Bu aktarım söz konusu sırların gizli kalacağına güven duyulması ve bu konuda garanti verilmesi sebebiyle yapılmaktadır⁶⁴. Dolayısıyla meslek sırrının korunmasının esası, bireylerin söz konusu mesleklerle itimadının sağlanması ve gizlilik ile ilgili endişe duyulmadan korkusuzca bu meslek erbabından gerekli hizmetin alınabilmesine dayanır⁶⁵.

Bir hususun meslek sırrı olarak kabul edilebilmesi için yalnızca mesleğin icrası sırasında öğrenilmesi yeterli olmayıp aynı zamanda mesleğin icrası ile ilgili olması da gerekmektedir⁶⁶. Ayrıca söz konusu sır, mesleği icra eden kişiye meslek sahibi olduğu için aktarılmalıdır. Dolayısıyla örneğin hekime, hekim olması sebebiyle değil de özel bir kişi olması sebebiyle aktarılan hususlar meslek sırrı kapsamında

⁵⁹ Kayaer, **a.g.e.**, ss. 2034-2035; Karasu, **a.g.e.**, s. 46, 47; Gürsel, **a.g.e.**, s. 12-13; Başel, **a.g.e.**, s. 79; Çiftçioğlu, **a.g.e.**, s. 102.

⁶⁰ Donay, **a.g.e.**, s. 7; Cin, **a.g.e.**, s. 61.

⁶¹ Donay, **a.g.e.**, s. 7, 8.

⁶² Maral Törenli Çakıroğlu, "Hekimin Borçlarından Özel Olarak Sır Saklama Borcu", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 12, S. 2, 2010, (Basım Yılı: 2012), ss. 159-181, s. 164; Özdemir, **a.g.e.**, s. 140.

⁶³ M. Fatih Uşan, **İş Hukukunda İş Sırrının Korunması (Sır Saklama ve Rekabet Yasağı)**, Ankara, Seçkin, 2003, s. 24.

⁶⁴ Donay, **a.g.e.**, s. 8.

⁶⁵ Okay, **a.g.e.**, s. 235; Çiftçioğlu, **a.g.e.**, s. 103.

⁶⁶ Donay, **a.g.e.**, s. 8, 9.

değerlendirilemeyecektir⁶⁷. Meslek sırrının yalnızca mesleği icra eden meslek sahibinin doğrudan muhatap olduğu kişi ile ilgili olması da zorunlu değildir. Bu itibarla mesleğin icrası sırasında ve mesleğin icrası ile ilgili öğrenilen üçüncü kişilere dair bilgiler de meslek sırrı sayılır⁶⁸.

Bir sonraki bölümde de ele alınacağı üzere meslek sırrının açıklanması 5237 sayılı TCK yürürlüğe girmeden önce 765 sayılı TCK'da münferit bir suç olarak düzenlenmekteydi. 765 sayılı Kanun'un 198. maddesi ile düzenlenen Meslek Sırrının Açıklanması Suçu da dikkate alınarak meslek sırrının korunmasına ilişkin kuralların dayanağının sözleşmeden yahut kamu düzeninden kaynaklandığına ilişkin iki farklı yaklaşım mevcut olabileceği ifade edilmiştir.

Sözleşmesel yaklaşım daha çok sır saklama yükümlülüğünün bir sözleşme ilişkisi sebebiyle ortaya çıktığını ifade etmektedir. İlk bölümde de ele aldığımız üzere taraflar arasındaki sözleşme türü her ne olursa olsun muhakkak sadakat ve özen yükümlülüğünü de içerdiği, dolayısıyla meslek sırrının korunmasının esasının da temelini sözleşme hükümlerinden aldığı kabulüne dayanmaktadır⁶⁹.

Bu yaklaşımlar esasen meslek sırrının açıklanmasının doğuracağı ceza sorumluluğu bağlamında temellendirilmeye çalışılmıştır. Buradan hareketle cezai sorumluluğun sözleşme temeline dayandırılması yerinde bulunmamıştır. Buna göre meslek sırrını açıklamak şeklindeki davranışın ceza sorumluluğu doğurmasının, meslek sırrının korunmasının kamu düzenine ilişkin olduğu kabulünden hareketle benimsenebileceği ifade edilmiştir⁷⁰.

Bütün bunların yanında 765 sayılı eski TCK döneminde 198. maddede söz konusu sırrın şikayete tabi olacak şekilde ele alındığı hususu doğrultusunda, meslek sırrının esasının sözleşme ya da kamu düzeni değil, kişisel menfaatler düzleminde ele

⁶⁷ Donay, **a.g.e.**, s. 8. Ancak bu durumda üçüncü bölümde inceleneceği üzere meslek sırrının açıklanması sebebiyle olmasa da yeni kanun düzenlemesi ile genel bir suç olan kişisel verilerin ifşasına dair suç gündeme gelir.

⁶⁸ **A.e.**, s. 9.

⁶⁹ Bkz. Erbaş, **Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğü**, s. 26.

⁷⁰ Donay, **a.g.e.**, ss. 51-57; Erem, **a.g.e.**, s. 838: Erem avukatlık ve hekimlik gibi faaliyetler bakımından vatandaşların bu faaliyetlerden yararlanma zorunluluğu bulunduğu dikkat çekerek bu gibi meslekler bakımından sırrın saklanması hususunun kamu yararını ilgilendirdiğini ifade etmektedir; Erbaş, **Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğü**, s. 27.

alınması gerektiği şeklinde bir görüş de mevcuttur⁷¹. Bu görüşe göre sırrın saklanması en temelde kişisel menfaatleri koruma amacı gütmektedir. Ancak belirtildiği gibi söz konusu görüş 765 sayılı kanun döneminde ortaya atılmış bir görüştür. Günümüzde 5237 sayılı kanunda genel olarak sırrın korunması, kişisel verilerin korunmasına ilişkin hükümlere dayanmaktadır. Bu hükümler de şikayete tabi olmayan hükümler olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bütün bunlara karşılık genel olarak ele alındığında sırrın saklanmasına ilişkin kurallar, iradi unsurlar devre dışı bırakılarak ele alınamaz. Zira hasta sırrının söz konusu olduğu durumlarda hastanın sırrın açıklanmasına rıza göstermesi, bunu talep etmesi yahut hastanın yararının bunu gerektirmesi durumunda kamu düzeni yaklaşımı katı şekilde benimsenip sırrın açıklanmasından imtina edilirse hakkaniyete aykırı sonuçlar gündeme gelebilecektir. Her iki yaklaşımın da sakıncaları göz önünde bulundurularak doktrinde, meslek sırrının korunmasının esasının yalnızca tek bir yaklaşım benimsenerek açıklanamayacağı ifade edilmiştir⁷².

Bu bağlamda meslek sırrının korunmasının; sır sahibinin korunmasına, yürürlükteki ceza kanunu anlamında çeşitli cezai düzenlemelere de konu olması hasebiyle genel olarak toplum yararının korunmasına, bunlara ek olarak da meslek sahibi kimselerin ve özellikle toplum nezdinde o mesleğe duyulan güvenin korunmasına hizmet ettiği kabul edilebilir⁷³. Kanaatimizce söz konusu tartışma, meslek sırrının açıklanmasının münferit bir suç olmaktan çıkarılması ve bu yöndeki bir davranışın ceza hukukundaki yansımasının ileride ele alacağımız başka bazı esaslar göz önünde bulundurularak belirleneceği hususuna binaen artık ehemmiyetini kaybetmiştir.

2.2.4. İş Sırrı

Sırrın korunmasına ilişkin ilerleyen bölümde ele alınacak olan genel düzenlemeler haricinde özel bazı düzenlemeler de söz konusudur. Bunlardan ilki hizmet sözleşmesi içerisinde işçinin sadakat borcu kapsamında TBK'nın 396. maddesi

⁷¹ Okay, **a.g.e.**, s. 237.

⁷² Bkz. Donay, **a.g.e.**, s. 61, 62.

⁷³ Bkz. **A.e.**, ss. 63-64; Erbaş, **Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğü**, s. 28.

uyarınca “Özen ve Sadakat Borcu” başlığı il ele alınmıştır. Buna göre işçi hizmet verdiği iş ile ilgili üretim ve iş sırlarını saklamakla yükümlüdür. Ayrıca bu yükümlülük işçi için hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra dahi işverenin menfaatleri ölçüsünde devam etmektedir. Söz konusu düzenleme uyarınca meslek sırrı bağlamında ele alınacak iş sırrı şu şekilde tanımlanabilir: İşverene ait iş veya işletme ile ilgili olan, işletme çevresindeki belirli sayıda kişi tarafından bilinen, aleni olmayan ve saklanması zorunlu kabul edilen, işveren tarafından gizli tutulması istenen ve gizli kalmasında işveren bakımından korunmaya layık bir yarar bulunan hususlar iş sırrıdır⁷⁴. İşçinin saklaması gereken sırrın kapsamı ise işçinin yaptığı işin niteliğine, iş sözleşmesine, işçinin eğitime ve işyerindeki pozisyonuna göre farklılık göstermektedir⁷⁵. Genel olarak iş sırrının müşteri listeleri ve ticaret yöntemleri gibi rekabet hususunda önem arz eden olayları içerdiği ifade edilmektedir⁷⁶.

İş sırrı kişilerin ekonomik durumu ve ticari hayatı ile ilgili olduğundan bu anlamda özel bir önem arz ettiği kabul edilmektedir⁷⁷. Bu sebeple yukarıda izah edildiği üzere işçinin sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmesi durumu işveren bakımından da iş ilişkisini haklı fesih nedeni oluşturur⁷⁸. İşletme ile ilgili hususların yanında işletme sahibinin özel hayatına ilişkin bilgilerin de iş sırrı kapsamında koruma altına alınması gerektiği belirtilmektedir.⁷⁹ Bunun yanında iş ile ilgili olsa da önemsiz sayılabilecek küçük ayrıntıların ya da söz konusu iş bakımından olağan durumların, genel ahlaka ve adap kurallarına aykırı hususlar ile maruf ve meşhur (kamuya ait ve aleni), herkes tarafından kolayca ulaşılabilecek olaylar iş sırrı olarak kabul edilemeyecektir⁸⁰. Bunun yanında işverenin iş ilişkisi dahilinde bir sözleşme vesilesi ile vakıf olduğu üçüncü kişilere ait sırlar da iş sırrı sayılır⁸¹.

⁷⁴ Hasan Kayırgan, **İş Hukukunda Sadakat Borcunun Genel Bir Değerlendirmesi**, C. 20, S. 1, 2014, ss. 459-478, s. 465; Uşan, **a.g.e.**, s. 28, 33; Gürsel, **a.g.e.**, s. 16-17; Başel, **a.g.e.**, s. 81.

⁷⁵ Kayırgan, **a.g.e.**, s. 466.

⁷⁶ Uşan, **a.g.e.**, s. 40, 41.

⁷⁷ **A.e.**, s. 24.

⁷⁸ Bkz. 4857 sayılı İş Kanunu Madde 25/II-e; Uşan, **a.g.e.**, s. 25.

⁷⁹ Başel, **a.g.e.**, s. 81.

⁸⁰ Uşan, **a.g.e.**, s. 30, 31.

⁸¹ Gürsel, **a.g.e.**, s. 17.

2.2.5. Ticari Sır

Bir başka sır çeşidi olan ticari sır ise 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun çeşitli hükümlerinde düzenlenmektedir. Ticari sır, tacirin ticari işletmesinin işleyişi veya ticari faaliyeti sırasında kullandığı, söz konusu işletmeyi diğerlerinden ayıran, herkesçe araştırılması ve bilinmesi mümkün olmayan, başkalarının bilinmesi halinde ticari işletmeyi zarara uğratacak olan, bağımsız ekonomik bir değere sahip bilgi olarak tanımlanmaktadır⁸². Kar marjı, masraflar, üretim ve imalat usulleri, müşteri listeleri, yatırım planları, personele ilişkin bilgiler, numuneler, formüller ve icatlar gibi hususlar ticari sır olarak kabul edilmektedir⁸³.

2.2.6. Bankacılık Sırrı

Bankacılık sırrı ya da banka sırrı da 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 73/3. maddesinde düzenlenen bir sır çeşidi olarak karşımıza çıkmaktadır. Banka sırrının genel olarak bankaya ait saklanması ya da açıklanmaması gereken iç işlemler ile bankaya ilişkin mali ve iktisadi hususlar ile nakit ve kredi durumları ile ilgili gizli tutulması gereken rakamlar, cetveller, tablolar, çeşitli sözleşmeler, raporlar gibi bilgiler olduğu ifade edilmektedir⁸⁴. Bankalara ait söz konusu bilgiler banka sırrı kapsamında değerlendirilirken Bankacılık Kanunu 73/1. maddesi uyarınca bankaların yanında bankaların bağlı ortaklıkları ile iştirak ve birlikte kontrol edilen ortaklıklarına ait bilgi ve belgelerin de banka sırrı kapsamında koruma altına alınması gerekmektedir⁸⁵.

Görevi dolayısıyla banka ile ilgili bilgilere vakıf olan görevliler, bu görev sona ermiş olsa bile söz konusu bilgileri saklı tutma yükümlülüğü altındadır. Aynı kanunun

⁸² Veli Özer Özbek, **Ekonomi Ceza Hukuku-İkinci Kitap: Özel Hükümler**, Ankara, Seçkin, 2021, s. 892; Çiftçioğlu, **a.g.e.**, s. 93; Dilek Özge Erdem, **Ticari Sır, Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrı Niteliğindeki Bilgi veya Belgelerin Açıklanması Suçu**, Ankara, Lykeion Yayınları, 2019, s. 18, 29; Başel, **a.g.e.**, s. 77; Gürsel, **a.g.e.**, s. 16; Uşan, **a.g.e.**, s. 25, 27, 28, 38; yazara göre ticari sır daha geniş bir kavram olan iş sırrının bir türü olarak karşımıza çıkmaktadır.

⁸³ Gürsel, **a.g.e.**, s. 16; Uşan, **a.g.e.**, s. 26, 38.

⁸⁴ Özbek, **Ekonomi Ceza Hukuku-İkinci Kitap: Özel Hükümler**, s. 892; Gürsel, **a.g.e.**, s. 14; Akın Ekici, "Bankacılık Mevzuatı Kapsamında Banka ve Müşteri Sırrı", **Bankacılar Dergisi**, S. 63, 2007, ss. 51-70, s. 54; Başel, **a.g.e.**, s. 65, 67.

⁸⁵ Ekici, **a.g.e.**, s. 54.

159. maddesi ise söz konusu yükümlülüğün ihlali halinde uygulanacak cezai müeyyideyi düzenlemiştir. Bankacılık sırrı kapsamında incelenebilecek bir başka husus da belgelerin saklanması hususudur. Bankacılık Kanunu'nun 42. maddesine göre bankacılık faaliyeti ile ilgili belgelerin görevli kimse tarafından on yıl süre ile saklanması gerekmektedir. Bu yükümlülüğe uymayan banka görevlisi aynı kanunun 154. maddesi uyarınca *Belge ve Yazışmaları Saklamama Suçunu* işlemiş sayılacaktır⁸⁶.

2.2.7. Müşteri Sırrı

Ticari işletme ve şirketlerin, sigorta şirketlerinin ve aracı kurumların ya da bankaların müşterileri ile ilişkileri sebebiyle ortaya çıkan her türlü husus müşteri sırrı olarak kabul edilmektedir⁸⁷.

Müşteri sırrı Bankacılık Kanunu'nun 73. maddesi uyarınca da banka sırrı ile yakın bir ilişki içerisinde bulunan ve korunması gereken sır çeşitlerinden biri olarak ele alınmaktadır⁸⁸. Bankacılık faaliyeti içerisinde görevleri vesilesiyle müşterilere ait bilgi ve belgelere vakıf olan görevliler bunların gizliliğini muhafaza etmek mecburiyetindedir. Bankacılık faaliyeti anlamında müşteri sırrı kapsamına müşteri ile banka arasında yapılan sözleşme vesilesi ile elde edilen her türlü bilgi girmektedir⁸⁹. Ancak belirtildiği üzere müşteri sırrı bankacılık faaliyeti ile sınırlı değildir. Ayrıca bankacılık sırrından ayrı şekilde incelenmelidir. Diğer ticari işletme veya şirketler gibi kurum ve kuruluşların müşterileri ile olan ilişkileri de müşteri sırrı çerçevesinde ele alınıp korunmaktadır.

Müşterinin kişisel bilgileri ile ekonomik durumu, malvarlığı, kar-zarar bilgileri, kredi itibarı gibi hususlar müşteri sırrı olarak kabul edilmektedir⁹⁰. Bunun yanında müşteri sırrı yalnızca sözleşmeden değil, müşterilerin veya diğer kişilerin ticari işletme veya şirketler ile yaptığı her türlü faaliyetten doğabilir⁹¹. Bu bağlamda

⁸⁶ Selman Dursun, **Bankacılık Düzenine Karşı İşlenen Suçlar**, Ankara, Seçkin, 2006, s. 256, 257.

⁸⁷ Çiftçioğlu, **a.g.e.**, s. 96; Özbek, **Ekonomi Ceza Hukuku-İkinci Kitap: Özel Hükümler**, s. 892; Erdem, **a.g.e.**, s. 53; Başel, **a.g.e.**, s. 69.

⁸⁸ Aynı madde içerisinde düzenlenmeleri sebebiyle müşteri sırrının bankacılık sırrı kavramı altında incelenecek bir alt alan olduğu şeklindeki görüş için bkz. Başel, **a.g.e.**, s. 65.

⁸⁹ Gürsel, **a.g.e.**, s. 15.

⁹⁰ **A.e.**, s. 15; Başel, **a.g.e.**, s. 73; Erdem, **a.g.e.**, s. 54, 55.

⁹¹ Ekici, **a.g.e.**, s. 52.

müşteri olmayan kişilerin yaptığı işlemlerin de gizliliğe esas teşkil ettiği ve müşteri sırrı kapsamında koruma altına alınması gerektiği kabul edilmelidir. Nitekim Bankacılık Etik İlkeleri'nin "Müşteri Sırrı" başlıklı 10. maddesi de müşteri sırrını geniş bir çerçeve ile ele alarak müşteriler ile ilgili her türlü bilgi ve belgenin sır saklama yükümlülüğü doğrultusunda gizli tutulması gerektiğini düzenleme altına almıştır⁹².

2.2.8. Avukatlık Sırrı

Avukatlık sırrı da meslek sırrı esasına göre incelenecek sırlar arasında sayılabilir. 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun "Sır Saklama" başlıklı 36. maddesi uyarınca avukatların, avukatlık faaliyeti ile Türkiye Barolar Birliği ve baro organları nezdinde ifa ettikleri görevleri sırasında öğrendikleri hususların gizliliğine riayet etme yükümlülükleri bulunmaktadır. Madde metninde sırdan bahsedilmemekte, öğrenilen her türlü husustan söz edilmekte ise de maddenin kenar başlığındaki "sır" ibaresi dikkate alınarak, gizliliğe esas hususların sır olarak nitelenebilecek hususlar olması gerektiği ifade edilmiştir⁹³. Bu bağlamda müvekkil veya üçüncü kişilerle kurulan kişisel ilişkiler, bu kişilerin düşünceleri, dünya görüşü, değer yargıları ile özel hayatlarına dair bilgiler avukatlık sırrı kapsamında sayılabilir⁹⁴.

Avukatlık sırrı da diğer meslek sırları gibi avukata mesleği dolayısıyla duyulan güven sebebiyle tevdi edilen sırları ifade etmektedir⁹⁵. Müvekkil tarafından aktarılan bu sırlar, özellikle ceza soruşturması veya kovuşturması sırasında şüpheli veya sanık tarafından şeref ve hürriyetinin kurtarılması amacıyla avukata aktarılmaktadır⁹⁶. Güven ilişkisi bu bağlamda önemlidir. Avukatlık sırrı; avukat stajyerleri, katipleri ve

⁹² Türkiye Bankalar Birliği Bankacılık Etik İlkeleri (Çevrimiçi) https://www.tbb.org.tr/Content/Upload/Dokuman/822/Etik_Ilkeler_27.08.2014.pdf 6 Kasım 2022. Söz konusu düzenlemenin aleni olan ve olmayan bilgileri ayırt etmemesi ve bu bağlamda bir sınır getirmemesi sebebiyle Bankacılık Kanunu'nun ilgili düzenlemeleri ile uyumlu hale getirilerek sır niteliği taşıyan hususlar şeklinde sınırlandırılması gerektiği ifade edilmektedir: Ekici, **a.g.e.**, s. 54.

⁹³ Erem, **a.g.e.**, s. 838.

⁹⁴ Özcan Günergök, "Avukatın Sır Saklama Yükümlülüğü", **AÜEHFD**, C. VII, S. 1-2, 2003, ss. 655-667, s. 656. Ancak yazara göre avukatın sır saklama yükümlülüğü yalnızca kendi müvekkiline karşı geçerli olup, üçüncü kişiler nezdinde onlara hukuki danışmanlık faaliyeti vermediği sürece sır saklama yükümlülüğü bulunmamaktadır: Bkz. **A.e.**, s. 657.

⁹⁵ Çiftçioğlu, **a.g.e.**, s. 106; Günergök, **a.g.e.**, s. 655.

⁹⁶ Okay, **a.g.e.**, s. 236.

diğer yardımcı personel için de geçerlidir⁹⁷. Bunun yanında avukatın sırrın ilgili olduğu dava veya olay ile ilgili görevli ve yetkili personel veya diğer bir meslektaşına bilgi aktarımında bulunması sırrın ifşası olarak görülmemektedir⁹⁸.

Avukatlık sırrının ifşa edilmesi durumunda ortaya çıkabilecek olan hukuka uygunluk sebepleri genel olarak sırrın ifşa edilmesi durumunda söz konusu olabilecek nedenlerle aynıdır. Bu sebeplere ilerleyen bölümlerde yer verilecektir. Ancak burada avukatın tanıklıktan çekinme hakkı özellik arz etmektedir. İleride ele alınacağı üzere meslek sırrı dolayısıyla sır saklama yükümlülüğü altında bulunan meslek erbabına bu sebeple tanıklıktan çekinme hakkı tanınmıştır. Ancak ilgili kimsenin rızasının bulunması halinde avukatlar haricindeki meslek sahiplerinin tanıklık yapmaları zorunludur. Buradan hareketle sır sahibi müvekkil yahut üçüncü kişiler avukatın söz konusu sır ile ilgili tanıklık yapması hususunda rıza açıklamasında bulunmuşlarsa da avukatların tanıklıktan çekinme hakları devam etmektedir⁹⁹. Bu hususta avukatların sırrın saklanması ile ilgili mesleki vicdanının esas alındığı ifade edilmiştir¹⁰⁰.

Avukatlık sırrı bakımından özel olarak değinilmesi gereken bir nokta da avukatın sır saklama yükümlülüğünü müvekkil aleyhine kullanamayacağıdır¹⁰¹. Müvekkilin rızası hususu da bu durumda önem arz eder. Bu bağlamda sırrın ifşası müvekkilin yararına olacaksa avukat sır saklama yükümlülüğünü öne sürerek sırrın ifşasından kaçınmamalıdır.

2.3. Kişisel Veriler

Özel hayatın gizliliği hakkı ve sır kavramı ile ilgili değinilmesi gereken kavramlardan biri de kişisel veri kavramıdır. Kişisel verilerin korunması ifadesi ilk olarak Kıta Avrupası hukuk sistemleri tarafından kullanılmış¹⁰², buna karşılık Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinde ise bu ifade yerine yukarıda sır saklama yükümlülüğü bağlamında ele aldığımız özel hayatın gizliliğinin korunması ifadesi tercih

⁹⁷ Erem, **a.g.e.**, s. 838.

⁹⁸ **A.e.**, s. 839.

⁹⁹ Bkz. Avukatlık Kanunu madde 36/2, CMK madde 46.

¹⁰⁰ Erem, **a.g.e.**, s. 841.

¹⁰¹ Günergök, **a.g.e.**, s. 660.

¹⁰² Kıta Avrupası hukuk sistemleri kişisel verileri kişilik hakları bağlamında ele almaktadır: Aksoy, **a.g.e.**, s. 47.

edilmiştir¹⁰³. Dolayısıyla kişisel verilerin güvenliği hususu da kişilik hakları, mahremiyet ve özel hayata saygı hakkı ile yakından ilişkilidir. Bu bakımdan hekimin sır saklama yükümlülüğünün konusunu incelerken önemli bir yer tutan kişisel veriler ve bu verilerin korunması hususuna bu noktada değinmek gerekir.

2.3.1. Kavramsal Açıdan Kişisel Veri

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun 3. maddesi ile kişisel veri bu alanda mevcut uluslararası belgelerin tanımlamalarıyla örtüşecek şekilde “...kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi...” şeklinde tanımlanmıştır. 5237 sayılı TCK’nın 135. maddesinin gerekçesinde de kişisel veri kavramından ne anlaşılması gerektiği açıklığa kavuşturulmuştur. Buna göre kişisel veri, gerçek kişiler ile ilgili her türlü bilgiyi ifade etmektedir¹⁰⁴. Dolayısıyla bir verinin kişisel veri sayılabilmesi için gerçek kişiye ait olması ve bu gerçek kişiyi belirlenebilir kılması gerekmektedir¹⁰⁵. Nitekim AYM de yalnızca kişiyi doğrudan belirli kılan, kimliğine ilişkin bilgilerin yanında kişinin aile hayatına ilişkin bilgileri, resim ve görüntüleri, IP adresi, telefon bilgileri, hobileri gibi kişiyi doğrudan yahut dolaylı yoldan belirlenebilir kılan her türlü verinin kişisel veri sayıldığını kabul etmektedir¹⁰⁶.

Bu tanımlama ve açıklamalardan hareketle genel anlamda kişisel veri kavramı kişinin ismi, doğum yeri ve tarihi, fiziksel özellikleri, sosyal ve ekonomik özellikleri, kökeni, inançları, düşünce ve yaşayışı ile kişiyi tanımaya yarayan kamera veya ses kayıtları, parmak izi, yüzü ve kişiye ilişkin nesnel ve öznel değerlendirmeler gibi kişileri belirlenebilir kılan her türlü bilgiyi içine alan çok geniş bir alanı ifade

¹⁰³ Küzeci, **a.g.e.**, s. 14, 15.

¹⁰⁴ Söz konusu tanımlamalarda bilgi ifadesi kullanılmış olsa da kişisel veriden bahsedebilmek için bir verinin söz konusu olması gerektiği kabul edilmelidir. Zira bilginin verinin anlamlandırılmış şekli olduğu ifade edilmektedir. Buradan hareketle korunması gereken olay ve olguların sınırlandırılmaması için bilgi değil, veri kavramının kullanılması daha uygun olur: Bilgi-veri kavramları arasındaki bağıntı için bkz. Murat Volkan Dülger, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, Güncellenmiş ve Yenilenmiş 3. Baskı, İstanbul, Hukuk Akademisi, 2020, s. 153.

¹⁰⁵ Küzeci, **a.g.e.**, s. 10; Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 558; Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s. 4932; Dülger, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 61; Öztürk, Altınok Çalışkan, Seyhan, **a.g.e.**, ss. 17-20; Aksoy, **a.g.e.**, s. 1; Sinem Göçmen Uyarer, **Kişisel Verilerin Korunması**, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, Seçkin, 2020, s. 106, 109.

¹⁰⁶ Bkz. AYM Bülent Kaya Başvurusu, B. No: 2013/2941, Karar Tarihi: 11.05.2016, p. 49, (Çevrimiçi) <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/2941> 04 Haziran 2022.

etmektedir¹⁰⁷. Ayrıca kişiyi belirlenebilir kılan bu verilerin gerçeği yansıtması gerekmez ve herhangi bir yere kaydedilmiş olması durumunda olduğu gibi belli bir ortamda bulunması şart değildir¹⁰⁸.

Yine doktrinde burada ifade edilen kişisel verinin saklanması kişinin yararı bulunan, herkesçe bilinmeyen ancak belli bazı kişilerce bilinen dolayısıyla aleniyet kazanmamış veriler olduğu kabul edilmektedir¹⁰⁹. Bunun yanında kişisel verinin kapsamının her somut olayın özelliği ve veri sahibinin hassasiyetleri de dikkate alınarak belirlenmesi gerektiği ifade edilmektedir¹¹⁰. Kişisel verinin kapsamının bu kriterler esas alınarak sınırlanması oldukça önemlidir. Zira son bölümde inceleyeceğimiz suç kapsamında koruma altına alınan kişisel verinin bu kadar geniş anlaşılması öngörülemeyen birtakım olumsuzluklara yol açacaktır¹¹¹. Konuya kişisel veriler ve sır kavramları arasındaki ilişki incelenirken yeniden değinilecektir.

2.3.2. Kişisel Verilerin Korunması Hakkı

Bazı kurum ve kuruluşlarca kişisel verilere duyulan gereksinim, genel olarak teknoloji ve gözetim teknolojisi açısından yaşanan gelişmeler bağlamında kişisel verilerin korunması önemli hale gelmiştir¹¹². Kişilerin gelişen teknoloji ve modern tıp gibi karmaşık sistemler karşısında korunabilmesi açısından son dönemde kişisel verilerin güvenliği meselesi üzerinde çalışmaların yoğunlaştığı bir alan olarak hukuk dünyasında yer bulmaktadır. Geleneksel yöntemlerle elde edilemeyecek verilerin, gelişen teknoloji sayesinde hayatın en özel alanına dâhil olsa bile kolayca elde edilebilmesi, çeşitli kişisel verilerin tek bir kaynakta toplanabilmesi, çok kolay ve hızlı erişimin mümkün olması ve yine çok kolay şekilde paylaşılabilmesi hususları

¹⁰⁷ İbrahim Korkmaz, **Kişisel Verilerin Ceza Hukuku Kapsamında Korunması**, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, Seçkin, 2019, ss. 460-461; Veysel Gültaş, **Özel Hayata Karşı Suçlar**, Ankara, Bilge Yayınevi, 2016, s. 224; Dülger, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 65, 155.

¹⁰⁸ Dülger, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 156.

¹⁰⁹ Sabire Sanem Yılmaz, **Tıp Alanında Kişisel Verilerin Korunması**, Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara, Seçkin, 2021, ss. 175-176.

¹¹⁰ Yılmaz, **a.g.e.**, ss. 175-176.

¹¹¹ Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s. 4933.

¹¹² Küzeci, **a.g.e.**, s. 20.

sebebiyle AYM de kişisel verilerin üst düzey bir korumaya sahip olması gerektiğine işaret etmektedir¹¹³.

Kişisel verilerin korunmasının esası verilerin değil, kişilerin korunmasına dayanmaktadır¹¹⁴. Kişisel verilerin korunması yoluyla kişilerin temel hak ve özgürlükleri koruma altına alınmaktadır¹¹⁵. Bu bağlamda kişisel verilerin gelişen teknoloji sebebiyle karşı karşıya kaldığı tehlikelerden korunması bireylerin mahremiyetinin güvence altına alınması için de gereklidir¹¹⁶.

Bütün bu açıklamalar doğrultusunda kişisel verilerin korunması ihtiyacı çeşitli ulusal ve uluslararası düzenlemelerle karşılanmaya çalışılmıştır. Mevcut düzenlemelerin amacı kişisel verilerin kullanımının zorunluluğu karşısında hem bu kullanımı veri işleme olarak kabul edip bu kullanıma esas teşkil edecek kuralları belirlemek hem de kişilerin bu süreçte korunmasını sağlamaktır¹¹⁷.

OECD Özel Yaşamın Gizliliğinin ve Sınır Ötesi Kişisel Veri Dolaşımının Korunmasına İlişkin Rehber İlkeler, BM Bireysel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 17. maddesine ilişkin 16 numaralı genel yorum metni¹¹⁸, Avrupa Konseyi Kişisel Verilerin Otomatik Olarak İşlenmesi Sırasında Gerçek Kişilerin Korunmasına İlişkin Sözleşme, Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü (GDPR), AİHS'nin 8/1 hükmü ile Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi'nin 8. maddesi kişisel verilerin korunmasına ilişkin önemli uluslararası düzenlemelerden bazılarıdır¹¹⁹.

Ulusal hukukumuz bakımından da kişisel verilerin korunması ihtiyacının ortaya çıkması ile çeşitli mevzuat düzenlemeleri yapılmıştır. Bu itibarla Anayasa'ya

¹¹³ AYM, 2013/122 E. 2014/74 K., 09.04.2014 tarihli kararı, (Çevrimiçi) <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2014-74-nrm.pdf> 30 Haziran 2022.

¹¹⁴ Küzeci, **a.g.e.**, s. 15.

¹¹⁵ Dülger, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 118.

¹¹⁶ Öztürk, Altınok Çalışkan, Seyhan, **a.g.e.**, s. 20.

¹¹⁷ Öztürk, Altınok Çalışkan, Seyhan, **a.g.e.**, s. 20.

¹¹⁸ Söz konusu genel yorum metninin 10. maddesi kişisel verilerin korunmasının özel hayatın gizliliği hakkı kapsamında değerlendirileceğini ele almıştır. Bkz. Çevrimiçi https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2016/05/05/BMde_Insan_Haklari_Yorumlari_1981_2006.pdf 9 Kasım 2022.

¹¹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Küzeci, **a.g.e.**, ss. 129-180; Dülger, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, ss. 86-109; Nur, **a.g.e.**, ss. 53-101.

2010 yılında yapılan değişiklik çerçevesinde 20/3. maddesi ile kişisel verilerin korunmasına dair hüküm eklenmiştir. Buna göre;

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

Bu madde uyarınca kişisel verilerin korunması hakkının, bireylerin kişisel verilerinin işlenmesi halinde bu verilerle ilgili bilgilendirilme, istediklerinde bu verilere erişebilme, işlendikten sonra bu verilerin düzeltilmesini ve silinmesini talep etme hakkını da beraberinde getirdiği anlaşılmaktadır. Bunun yanında bu hüküm gereği kişisel veriler, yalnızca kanunda öngörülen durumlarda ve kişilerin açık rızası ile işlenebilecektir. Madde metninden anlaşılabacağı üzere kişisel verilerin korunması hakkı, bireyin daha etkin şekilde korunması için kişisel verilerin süresiz şekilde saklanmasını engelleyen unutulma hakkını da beraberinde getirmektedir¹²⁰.

Ulusal hukukumuz bağlamında kişisel veriler ile ilgili bir diğer düzenleme ise 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’dur. KVKK hükümleri genel olarak kişisel verilerin sahibi olan gerçek kişiler ile bu verileri işleyen gerçek ve tüzel kişiler hakkında uygulama alanı bulur¹²¹. Bu kanuna ilişkin çeşitli hükümlere çalışmamızın muhtelif bölümlerinde değinilmiştir. Bunun yanında son bölümde ele alınacak olan ceza hukuku sorumluluğu bağlamında TCK’nın 135 ila 140. maddeleri de kişisel verilere ilişkin suçları düzenleyen hükümler olarak karşımıza çıkmaktadır.

2.3.3. Kişisel Verilerin Korunması Hakkının Hukuki Niteliği

Kişisel verilerin korunması özel yaşamın gizliliği hakkı ve insan onuru ile yakından ilişkili bir husus olarak benimsenmekte, bu anlamda hak niteliğinin ön plana çıkacağı kabul edilmektedir¹²². Bunun yanında kişisel verilerin korunmasının kişilik

¹²⁰ Eren Sözüer, **Unutulma Hakkı: İnsan Hakları Hukuku Perspektifinden Bir İnceleme**, İstanbul, Onikilevha, 2017, s. 181, 205. Bu itibarla özellikle sağlık hizmetleri sırasında işlenen kişisel verilerin, kişilerin talepleri halinde silinebilmesi de mümkün olmalıdır. Nitekim Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun 7. ve 11. maddeleri kişisel verilerin belli koşullarda silinebileceğini düzenlemektedir.

¹²¹ Öztürk, Altınok Çalışkan, Seyhan, **a.g.e.**, s. 26.

¹²² Göçmen Uyarer, **a.g.e.**, s. 40; Küzeci, **a.g.e.**, s. 66, 67; Ayözger Öngün, **a.g.e.**, s. 40.

haklarını koruyucu bir işlev de üstlendiği belirtilmektedir¹²³. Bu yaklaşım kişisel verilerin kişilik hakları tarafından korunan kişisel varlıklar içerisinde yer aldığı kabulüne dayandırılmalıdır.

Bu hak niteliği bakımından kişisel verilerin ekonomik bir hak olarak ya da bir insan hakkı olarak kabul edilebileceği yaklaşımları söz konusudur. Kişisel verilerin korunmasının Anglo-Amerikan hukuk sistemine göre ekonomik bir hak olabileceği yaklaşımı uyarınca çeşitli teoriler ortaya atılmıştır.

Bunlardan ilki mülkiyet hakkı teorisidir¹²⁴. Bu teori kişisel verilerin mülkiyete tabi bir ürün olduğu yaklaşımına dayanır. Buna göre kişisel verilerin sahibi olan kişi mülkiyeti de elinde bulundurduğundan bu veriler üzerinde tam bir yetki ve denetime sahip olacak, bu verileri başkalarıyla paylaşabilecek yahut alım-satım konusu yapabilecektir¹²⁵. Bu kapsamda teori, kişisel verileri talep eden kurum ve kuruluşlarla paylaşmak konusunda bireylerin farklı tercihlere sahip olacağı hususu bakımından da işlevsel görünmektedir¹²⁶. Buna karşılık mülkiyet hakkı yaklaşımı uyarınca kişisel verilerin paylaşılacağı kamusal ya da özel kurum ve kuruluşlar karşısında birey zayıf bir konumdadır. Bu konumu dikkate alındığında alım-satım gibi ilişkiler bakımından eşit olmayan iki taraf mevcut olduğundan ekonomik açıdan daha güçlü olan tarafın lehine bir durum oluşacaktır¹²⁷. Bu da kişisel verilerin korunması amacının aksine daha fazla hak ihlali anlamına gelir¹²⁸.

Mülkiyet hakkı benzeri bir yaklaşım da fikri mülkiyet teorisi olarak ele alınmaktadır. Bu teori, kişisel verilerin telif hakkı gibi bir koruma ile korunması gerektiğini savunsa da kişisel verilerin bir fikir ürünü olmadığı ve esasen mülkiyet hakkı yaklaşımını benimsemesi sebepleriyle bu teori de işlevselliğini yitirmektedir¹²⁹.

¹²³ Öztürk, Altınok Çalışkan, Seyhan, **a.g.e.**, s. 20.

¹²⁴ David Brin, **The Transparent Society (Will Technology Force Us To Choose Between Priacy and Freedom)**, ABD, Addison- Wesley, 1998, s. 91'den aktaran Küzeci, **a.g.e.**, s. 68,69.

¹²⁵ Dülger, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 78.

¹²⁶ Küzeci, **a.g.e.**, s. 69.

¹²⁷ **A.e.**, s. 70.

¹²⁸ Sedat Erdem Aydın, **a.g.e.**, s. 16.

¹²⁹ Dülger, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, ss. 79-80; Küzeci, **a.g.e.**, ss. 71-72; Sedat Erdem Aydın, **a.g.e.**, s. 17.

Bu iki teorenin yanında güven teorisi ve kişisel verilerin ticari sırlara uygulanan ilkeler bağlamında koruma altına alınması gerektiğini kabul eden yaklaşımlar da ileri sürülmüştür¹³⁰. Ancak tüm bu yaklaşımların esasını oluşturan kişisel verilerin korunmasının ekonomik bir hak olması kabulü ile kişisel verilerin alışverişe konu bir mal şeklinde değerlendirilmesi hususları korumanın amacına hizmet etmekten uzaktır.

Kişisel verilerin korunmasının bir insan hakkı olarak ele alınması ise daha geniş kabul gören anlayıştır. Nitekim kişisel verilerin korunması gelişen teknoloji ve dijital alanda yaşanan gelişmeler karşısında mahremiyet ve özel hayatın gizliliği hakkının karşı karşıya kaldığı tehlikeye dayanmaktadır¹³¹. Ekonomik hak yaklaşımının aksine Avrupa'da geçerli olan anlayışa göre kişisel verilerin korunması bir insan hakkı olarak karşımıza çıkmaktadır¹³². Zira kişisel verilerin korunması ekonomik durum gibi kişisel çıkarları korumasının yanında temelde insan onuru, temel insan hakları ve kişilik haklarını koruma altına almaktadır¹³³. Bir insan hakkı olarak kişisel verilerin korunması hakkı kişisel verilerin dolaşımının yaygınlaşması tehlikesi karşısında bireyin korunması ve kişiliğini serbestçe geliştirmesi hakkına hizmet eder¹³⁴. Bu bağlamda kişisel verilerin korunması hakkı bireyin belirli sınırlar dahilinde kendi kişisel verileri üzerinde söz sahibi olması, söz konusu verilerin geleceğini belirleme hakkı¹³⁵ ve bireysel özerklikle yakından ilgilidir¹³⁶.

Özel hayatın gizliliği hakkı ile kişisel verilerin korunması ilişkisi incelendiğinde ise karşımıza iki yaklaşım çıkmaktadır. Bunlardan ilki kişisel verilerin korunmasına ilişkin hakkı, özel hayatın gizliliği hakkının kapsamında ele alınacak bir hak olarak kabul eder¹³⁷. Nitekim aşağıda ele alınacağı üzere kişisel verilerin

¹³⁰ Teoriler için bkz. Küzeci, **a.g.e.**, s. 72, 73.

¹³¹ Dülger, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 80.

¹³² Küzeci, **a.g.e.**, s. 74.

¹³³ Dülger, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 80; Küzeci, **a.g.e.**, s. 75.

¹³⁴ Sedat Erdem Aydın, **a.g.e.**, s. 59; Küzeci, **a.g.e.**, s. 75; Dülger, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 67.

¹³⁵ Aksoy, **a.g.e.**, s. 71.

¹³⁶ Küzeci, **a.g.e.**, s. 75, 77, 78, 94; Dülger, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 76, 77; Ayözger Öngün, **a.g.e.**, s. 19, 41.

¹³⁷ Dülger, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 81. Buna göre kişisel verilerin korunması bilgi mahremiyet kapsamında özel hayatın gizliliği başlığı altında değerlendirilmelidir. Aksoy, **a.g.e.**, s. 55.

korunması hakkı birçok hukuksal metinde özel hayatın gizliliğinin korunmasına ilişkin hükümler uyarınca korunmaktadır.

İkinci yaklaşıma göre ise özel yaşamın gizliliği hakkı ile yakından bağlantısının yanında esasen kişisel veriler ve genel olarak bilgi çağında yaşanan gelişmeler sebebiyle kişisel verilerin korunması hakkı, özel yaşamın gizliliği hakkından ayrılarak biraz daha özerk bir alan haline gelmeye başlamıştır¹³⁸. Nitekim kişisel verilerin korunması AİHM nezdinde AİHS'nin 8. maddesi bağlamında özel yaşamın gizliliği hakkı altında incelense de anayasa ve diğer ulusal ve uluslararası hukuksal metinler değerlendirildiğinde artık kişisel verilerin korunması hakkı ayrı ve özel olarak düzenlenme eğilimi göstermektedir¹³⁹. Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi'nin 7. maddesi özel hayatın gizliliğine ilişkin bir düzenleme iken 8. maddesi kişisel verilerin korunmasına ilişkindir¹⁴⁰.

Yukarıda ifade edildiği üzere Türkiye Cumhuriyeti 1982 Anayasası'nda da kişisel verilerin korunması münferit bir düzenleme ile ele alınmıştır. Kişisel verilerin özel hayatın gizliliği hakkından ayrı olarak ele alınması gerektiği görüşü bu yaklaşımı desteklemektedir. Bu görüşe göre özel hayatın gizliliği hakkına ilişkin koruma yöntemleri kişisel verilerin korunması bakımından yetersiz kalmaktadır¹⁴¹. Zira aşağıda ele alınacağı gibi kişisel veriler yalnızca gizli verileri değil gerçek kişilerle ilgili her türlü veriyi ifade etmektedir. Dolayısıyla kişisel verilerin korunmasının salt özel hayatın gizliliği hakkı bağlamında ele alınması durumunda verilerin bir kez ifşa edilmesi durumunda gizlilik ortadan kalkacak dolayısıyla koruma anlamsız hale gelmiş olacaktır¹⁴². Halbuki kişisel veriler aleni hale gelseler de ulusal hukukumuz bakımından özellikle KVKK kapsamında korunmaya devam edilirler.

¹³⁸ Küzeci, **a.g.e.**, s. 78; Nur, **a.g.e.**, s. 46; Ayözger Öngün, **a.g.e.**, s. 18.

¹³⁹ Küzeci, **a.g.e.**, s. 83, 84.

¹⁴⁰ **Madde 8: “Kişisel bilgilerin korunması**

1. Herkes, kendisine ilişkin kişisel bilgilerinin korunmasını isteme hakkına sahiptir.

2. Bu tür bilgiler, belirtilen amaçlar için ve ilgili kişinin muvafakatine veya yasa da öngörülen başka meşru temele dayalı olarak adil şekilde kullanılmalıdır. Herkes, kendisi hakkında toplanmış olan bilgilere erişme ve bunlarda düzeltme yaptırma hakkına sahiptir.

3. Bu kurallara uyulması, bağımsız bir makam tarafından denetlenecektir.” (Çevrimiçi) <https://www.avrupa.info.tr/tr/avrupa-birligi-temel-haklar-bildirgesi-708> 9 Kasım 2022.

¹⁴¹ Göçmen Uyarer, **a.g.e.**, s. 30; Dülger, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 82; Sedat Erdem Aydın, **a.g.e.**, s. 24.

¹⁴² Ayözger Öngün, **a.g.e.**, s. 16.

2.3.4. Kişisel Verilerin İşlenmesi

Kişisel verilerin korunması teknik anlamda bir ya da daha fazla kişinin müdahil olduğu kişisel verilerin işlenmesi süreci ile ilgili kabul edilmektedir¹⁴³. Kanuni düzenlemeden önce yaşanan karmaşanın aksine KVKK’da kişisel verilerin işlenmesine ilişkin ayrıntılı düzenlemeler yer almaktadır. Kişisel verilerin işlenmesi KVKK’nın 3/1-e. maddesine göre: “*Kişisel verilerin tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hâle getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlemi...*” ifade etmektedir¹⁴⁴.

Aktarma fiili de kişisel verilerin işlenmesinin bir türü olarak 8. maddede özel olarak düzenlenmiştir. Veri aktarımı, şekli ve yöntemi fark etmeksizin kişisel verilerin üçüncü kişilerle paylaşılmasıdır¹⁴⁵. Buradaki üçüncü kişi deyiminden bir başka veri sorumlusu veya veri işleyenin anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir¹⁴⁶.

Kanun’un 4. maddesi kişisel verilerin işlenmesi sırasında uyulması gereken ilkelere yer vermiştir. Bu ilkeler hukuka ve dürüstlük kurallarına uygunluk, doğruluk ve güncellik, meşru bir amaçla işleme, bu amaçla bağlı olarak, amaçla sınırlı ve

¹⁴³ Küzeci, **a.g.e.**, s. 16. Ancak kişisel verilerin korunması yalnızca KVKK’nın 3/1. maddesinin 1. ve 2. maddelerinde tanımlanan veri sorumlusu ve veri işleyenin inisiyatifinde gerçekleşen teknik anlamda kişisel verilerin işlenmesi sürecinden ibaret değildir. Bu bağlamda özel kişiler nezdinde kişisel verilerin paylaşılması da çalışmanın ceza hukuku bölümünde değineceğimiz üzere bazı mevzuat hükümleri uyarınca kişisel verilerin korunması başlığı altında incelenmektedir.

¹⁴⁴ KVKK kapsamında kişisel verilerin işlenmesi ile ilgili düzenlemeler bağlamında veri sorumlusu ve veri işleyen kavramlarına yer verilmiştir. Buna göre veri sorumlusu “*işleme amaçlarını ve vasıtalarını belirleyen, veri kayıt sisteminin kurulmasından ve yönetilmesinden sorumlu olan gerçek veya tüzel kişi*”, veri işleyen ise “*veri sorumlusunun verdiği yetkiye dayanarak onun adına kişisel verileri işleyen gerçek veya tüzel kişi*” olarak tanımlanmıştır.

¹⁴⁵ Dülger, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 244. Nitekim kişisel verilerin aktarımı ile ilgili söz konusu düzenleme Tasarı metninde üçüncü kişilere aktarım şeklinde ele alınmışken, bu ifadenin karışıklıklara yol açacağı gerekçesiyle çıkarıldığı belirtilmektedir: Göçmen Uyarer, **a.g.e.**, s. 140.

¹⁴⁶ Öztürk, Altınok Çalışkan, Seyhan, **a.g.e.**, s. 93; Ayözger Öngün, **a.g.e.**, s. 199; Göçmen Uyarer, **a.g.e.**, s. 118. KVKK kapsamında kişisel verilerin aktarımı faaliyeti bu şekilde sınırlandırılarak anlaşılmış, dolayısıyla alelade kişilere yapılan aktarımın bu kanun kapsamında koruma altına alınmadığı sonucu çıkarılmışsa da çalışmanın son bölümünde ele alacağımız ceza hukuku hükümleri bağlamında burada zikredilen üçüncü kişilerin veri sorumlusu ya da veri işleyen şeklinde özellik arz eden kişiler olması şart değildir.

ölçülü şekilde işlenme, yasal düzenlemeler uyarınca amaca uygun makul süre boyunca muhafaza edilme şeklinde sıralanabilir¹⁴⁷. Yine aynı kanunun 5. maddesi kişisel verilerin ancak ilgilinin açık rızası halinde işlenebileceğini; kanuni düzenleme, ilgili kişi tarafından alenileştirilme, taraflar arasındaki sözleşmenin ifası için söz konusu olan gereklilik, veri sorumlusu bakımından hukuki yükümlülüklerin yerine getirilmesi için gerekli olması ve bir hakkın korunması için mevcut zorunluluk gibi durumlarda açık rıza olmaksızın da işlenebileceğini düzenlemektedir¹⁴⁸.

Yukarıdaki kişisel verilerin işlenmesine ilişkin tanım uyarınca kişisel verilerin işlenmesinden bahsedilebilmesi için bu faaliyetin otomatik yani bilişim sistemleri kullanılarak yahut kişisel verinin bir veri kayıt sistemine dahil olduğu durumlarda gerçekleştirilmesi gerekir¹⁴⁹. Bu iki halin varlığı durumunda ancak işleme faaliyeti KVKK'nın korumasından yararlanabilecektir.

2.3.5. Özel Nitelikli Kişisel Veriler ve Kişisel Sağlık Verileri

Kişisel verilerin korunması bağlamında bazı kişisel verilerin özellik arz ettiği bu anlamda hassas veriler olarak kabul edilmesi ve özel bir korumadan yararlanması gerektiği kabul edilmiştir. Özel nitelikli kişisel veriler KVKK'nın 6/1. maddesinde sayılmıştır¹⁵⁰. Buna göre “*Kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı,*

¹⁴⁷ Kişisel verilerin işlenmesine ilişkin şartlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Nur, **a.g.e.**, ss. 120-139; Dülger, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, ss. 262-309; Öztürk, Altınok Çalışkan, Seyhan, **a.g.e.**, ss. 57-66.

¹⁴⁸ “**Kişisel verilerin işlenme şartları**

MADDE 5- (1) Kişisel veriler ilgili kişinin açık rızası olmaksızın işlenemez.

(2) Aşağıdaki şartlardan birinin varlığı hâlinde, ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın kişisel verilerinin işlenmesi mümkündür:

a) Kanunlarda açıkça öngörülmesi.

b) Fiili imkânsızlık nedeniyle rızasını açıklayamayacak durumda bulunan veya rızasına hukuki geçerlilik tanınmayan kişinin kendisinin ya da bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün korunması için zorunlu olması.

c) Bir sözleşmenin kurulması veya ifasıyla doğrudan doğruya ilgili olması kaydıyla, sözleşmenin taraflarına ait kişisel verilerin işlenmesinin gerekli olması.

ç) Veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için zorunlu olması.

d) İlgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş olması.

e) Bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için veri işlemenin zorunlu olması.

f) İlgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla, veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması.”

¹⁴⁹ Dülger, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, ss. 183-184; Göçmen Uyarer, **a.g.e.**, s. 117.

¹⁵⁰ Madde 6: “*Kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza*

dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri”¹⁵¹ özel nitelikli kişisel veri sayılmıştır.

Tıp hukuku bakımından kişisel verinin ne anlama geldiği de Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi ve Mahremiyetin Korunması Hakkında Yönetmelik’in tanımlamasından anlaşılmaktadır. Yönetmeliğin *Tanımlar* başlıklı 4. maddesinin 1-g bendi uyarınca, *kişisel sağlık verisi* kavramından “*kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü sağlık bilgisi*” anlaşılmalıdır. Benzer ancak daha ayrıntılı bir tanımlamaya Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik’in 4/1-j hükmünde rastlanmaktadır. Buna göre kişisel veri “*kimliği belirli ya da belirlenebilir gerçek kişinin fiziksel ve ruhsal sağlığına ilişkin her türlü bilgi ile kişiye sunulan sağlık hizmetiyle ilgili bilgi*”dir. Bu doğrultuda kişisel sağlık verileri korunması gereken hassas kişisel veriler arasında özellikli bir konumdadır. Şöyle ki:

Yukarıda ele alınan KVKK’nın 6. maddesinin devam eden fıkralarında özel nitelikli hassas verilerin işleme şartları ele alınmıştır. Buna göre bu özel nitelikli kişisel verilerin kanuni düzenlemeler haricinde açık rıza bulunmaksızın işlenemeyeceği hüküm altına alınmıştır¹⁵². Bu şekilde özel düzenleme yapılması ihtiyacı, söz konusu verilerin insan hak ve özgürlükleri ile diğer kişisel verilere nazaran daha sıkı bir bağ içinde olması ve bu sebeple korumasız bırakılmaları halinde ilgili kişiyi ağır zararlara uğratması tehlikesinden kaynaklanmaktadır¹⁵³. Ayrıca bu verilerin açığa çıkması genellikle kişilerin ayrımcılığa maruz kalmasına sebep olmaktadır¹⁵⁴.

KVKK’nın 6. maddesi özel nitelikli kişisel verilerin işleme şartlarını diğerlerinden ayırmıştır. Anılan maddenin 3. fıkrasında zikredilen genel kurala göre özel nitelikli kişisel veriler kanuni düzenleme bulunan hallerde kişisel veri sahibinin

mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri özel nitelikli kişisel veridir.”

¹⁵¹ Bu verilerin sayma suretiyle sınırlanmış olduğu, yorum yoluyla genişletilemeyeceği ifade edilmektedir: Sedat Erdem Aydın, **a.g.e.**, s. 6, 113; Öztürk, Altınok Çalışkan, Seyhan, **a.g.e.**, s. 83.

¹⁵² Göçmen Uyarer, **a.g.e.**, s. 136.

¹⁵³ Dülger, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 177.

¹⁵⁴ Öztürk, Altınok Çalışkan, Seyhan, **a.g.e.**, ss. 82, 83; Ayözger Öngün, **a.g.e.**, s.23; Aksoy, **a.g.e.**, s. 30.

açık rızası aranmadan işlenebilecektir. Bunun yanında özel nitelikli kişisel veriler içerisinde sağlık ve cinsel hayat ile ilgili kişisel verilere bu hassas veriler içerisinde bile özel ve ayrıcalıklı bir koruma getirilmiş, bu verilerin işlenme şartları ayrıca düzenlenmiştir. Bu verilerin ancak “*kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın*” işlenebileceği ifade edilmiştir¹⁵⁵. Dolayısıyla kişisel sağlık verileri ve cinsel hayata ilişkin kişisel verilerin işlenmesi iki şarta bağlanmıştır: Bu veriler kanunda belirlenen sınırlı amaçlar doğrultusunda ve yalnızca sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler ya da kurum ve kuruluşlar tarafından işlenebilecektir¹⁵⁶. Bunun haricinde diğer kişilerin her ne sebeple olursa olsun bu iki hassas veriyi işlemesi yasaktır. Bu şekilde bir düzenleme getirilmesinin sebebi, özel bir koruma öngörülen sağlık ve cinsel hayat ile ilgili kişisel verilerin sır saklama yükümlülüğü altındaki kişiler tarafından bu yükümlülükleri sebebiyle daha özenli işlenecekleri kabulüdür¹⁵⁷.

2.4. Kişisel Veriler ve Sır İlişkisi

Bu noktada kişisel veriler ve sır kavramı arasındaki ilişkiye de değinmek yerinde olacaktır. Bu bağlamda kişisel verinin gerçek kişilere ilişkin her türlü bilgiyi ifade ettiği kabulü karşısında yukarıda incelediğimiz meslek sırları ve çeşitli faaliyet grupları özelinde sır kavramının her zaman gerçek kişilerle ilgili olmadığını belirtmek mümkündür. Dolayısıyla esasen sır kavramının kişisel verilerden ayrılan bir yönü de bulunmaktadır. Ancak gerçek kişilere ilişkin sırlar, kişisel veri tanımına da uyum sağlayacaktır. Ayrıca 765 sayılı eski TCK’nın aksine 5237 sayılı TCK’da meslek sırrının düzenlenmemiş, buna karşılık kişisel verilerin gizliliğinin korunmasına ilişkin hükümler getirilmiştir. Bu sebeple genel olarak sırrın korunmasını öngören ceza normunun yerini artık kişisel verilerin korunması hükümleri almıştır. Bu bağlamda kişisel veriler bakımından kabul edilen anayasal koruma da dikkate alındığında sır

¹⁵⁵ Tıbbi müdahale sebebiyle hastanın kişisel verilerinin işlenmesi de buraya dahildir.

¹⁵⁶ Öztürk, Altınok Çalışkan, Seyhan, **a.g.e.**, s. 85; Göçmen Uyarer, **a.g.e.**, s. 136.

¹⁵⁷ Ayrıca bu hususta özellik arz eden en önemli sır saklama yükümlüsü grup hekimler ve diğer sağlık çalışanlarıdır: Dülger, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s 423.

kavramının tanımı dahilinde olan gerçek kişilerle ilgi olay ve olguların kişisel verileri koruyan ilgili mevzuat hükümlerince koruma altına alınması gerektiği kabul edilmelidir. Buna karşılık yukarıda incelenen sır türlerinden kişisel veri sayılmayanların ise bunlarla ilgili özel mevzuat düzenlemeleri doğrultusunda korunması esas olmalıdır¹⁵⁸.

Kişisel veriler ile sır veya özel hayat alanı arasındaki bir diğer farklılık ise kişisel verilerin özel hayat alanından ayrıldığı noktada ortaya çıkmaktadır. Nitekim kişisel verilerin korunması yukarıda ifade ettiğimiz üzere geleneksel yaklaşımla özel hayatın gizliliği hakkının kapsamına dahil kabul edilse de bugün artık münferit bir alan olmaya başladığı görülmektedir. Bu bağlamda kişisel veriler deyiminin kişilerin özel hayat alanlarına dahil olan verileri ile bu hayatın dışında kalan verilerini de içerdiği kabul edilmelidir. Diğer bir ifade ile kişisel veriler genellikle bir sır olarak karşımıza çıkmaktaysa da bir bilginin kişisel veri olması için özel yahut gizli olması gibi bir şart söz konusu değildir¹⁵⁹. Buradan hareketle kişisel verilerin korunması hakkı, özel hayat alanından ayrılan bu parçası ile birlikte değerlendirildiğinde, hakkın bireylere kişiliklerine bağlı verilerin hepsi açısından tasarruf yetkisi verdiği ifade edilmektedir¹⁶⁰.

Kişisel veri kavramının bu şekildeki geniş bir yelpazede ele alınması yukarıda ifade edildiği gibi ceza sorumluluğu açısından hakkaniyete aykırı birtakım sonuçlara yol açacak, suçun konusu oldukça geniş ele alındığından basit dedikodu tarzındaki konuşmalar bile ceza tehdidi ile karşı karşıya kalacaktır. Bu yüzden kişisel verileri konu edinen suç düzenlemelerinin uygulanması açısından kişisel veri kavramının kapsamının belirli olması gerekmektedir.

Kişisel verilerin kapsamı ile ilgili bir sınırlama yapma ihtiyacını karşılamak adına yukarıdaki açıklamalar ışığında özel hayat alanı ve sır alanı dikkate alınmalıdır. Kişisel verilerin korunmasının genel manada özel hayatın gizliliğine hizmet ettiği, bu sebeple kişisel verilerin korunmasına ilişkin düzenlemelerden özellikle ceza hukuku kapsamında olanların herkesçe bilinen yahut bilinebilen kişisel verileri değil, kişinin

¹⁵⁸ Gürsel, **a.g.e.**, s. 18.

¹⁵⁹ Dülger, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 66, 82; Sedat Erdem Aydın, **a.g.e.**, s. 130.

¹⁶⁰ Küzeci, **a.g.e.**, s. 85.

gizli tutmak istediği kişisel verileri koruma altına aldığı ifade edilmektedir¹⁶¹. Bunun yanında özellikle son bölümde inceleyeceğimiz suç düzenlemesi bakımından kişisel verinin kapsamını sınırlandırmak ihtiyacına karşılık bu kapsamı yalnızca sır alanı ile sınırlı tutmak da amaca uygun bir yöntem olmayacaktır. Zira kişinin sır alanı dışındaki özel hayat alanına dâhil olan kişisel verilerinin gizliliği de korunmalıdır. Dolayısıyla özel hayat alanı ve sır alanının her ikisinin sınırları dâhilindeki verilerin ifşası, kişilik haklarının ihlali ve aynı zamanda suç teşkil etmektedir¹⁶². Buna karşılık yukarıda ifade edildiği üzere KVKK kapsamında sağlanan korumanın aleni olan yahut olmayan her türlü kişisel veri için söz konusu olacağı kabul edilmelidir.

2.5. Hekimlik Faaliyeti Açısından Sır ve Kişisel Veri Kavramları

2.5.1. Genel Olarak

İlgili bölümde değinildiği üzere sır saklama yükümlülüğü çeşitli meslekler bakımından ele alınabilecek bir husustur. Fakat sağlık çalışanları ve özel olarak hekimler bu meslekler arasında sır saklama yükümlülüğü altında bulunmaları bakımından en önemlileridir. Genel olarak diğer meslek gruplarının çalışma prensipleri şeffaflık üzerine iken sağlık hizmetlerinde hasta hakları söz konusu olduğunda gizlilik esastır¹⁶³. Bunun yanında kişinin özel hayatına ilişkin bilgilerin paylaşılması en çok tıp alanında zaruret olarak ortaya çıkar. Nitekim doğru teşhis ve tedavi için doğru bilgi aktarımı öncelikli koşuldur. Nitekim kişisel verilerin korunması ile ilgili kuralların hekimin sır saklama yükümlülüğünü düzenleyen Hipokrat Yemini ile başladığı kabul edilmektedir¹⁶⁴.

Özel olarak hekim-hasta ilişkisi bakımından korunacak özel hayat alanına dahil sırlar sadece belirli kişiler tarafından bilinen ve açıklanmaması hasta bakımından anlaşılabilir ve gerekçelendirilebilir olan, açıklanması halinde sahibinin şahsi

¹⁶¹ Sedat Erdem Aydın, **a.g.e.**, s. 130.

¹⁶² Çakıroğlu, **a.g.e.**, s. 164; Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 546; Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s. 4853.

¹⁶³ Çakıroğlu, **a.g.e.**, s. 168.

¹⁶⁴ Küzeci, **a.g.e.**, s. 115; Sedat Erdem Aydın, **a.g.e.**, s. 9, 10.

menfaatine hâlel getirebilecek¹⁶⁵ ve toplum tarafından dışlanmaya ya da ayıplanmaya yol açacak durumlar olarak ifade edilmektedir. İfşası hastanın mevcut durumu ve geleceği açısından olumsuz etkilere yol açacak olan¹⁶⁶ dolayısıyla gizli tutulmasında korunmaya layık bir yarar bulunan ve hekime de bu suretle açıklanmış olan olgu veya durumlar bu bakımdan hekimin sır saklama yükümlülüğünün konusunu oluşturur¹⁶⁷. Bu sebeple gizli tutulması, sahibi bakımından faydalı olacak olan ve başkaları tarafından öğrenilmesi istenmeyen her türlü bilginin, gizliliği koruma altına alınan kişisel verilerden olduğunu kabul etmek mümkündür.

Hekimlik faaliyeti niteliği gereği insan hayatı, geçmiş ve geleceği bakımından önem arz eden bir faaliyet türüdür. Bu sebeple hekimin sır saklama yükümlülüğü bağlamında sır kavramının biraz daha geniş yorumlanması gerekir. Örneğin kişinin adresi, fotoğrafı ve kimlik bilgilerine ilişkin hususlar esasen sır kavramına dâhil edilemeyecekmiş gibi görünse de bu tür bilgi ve olguların da hekimin sır saklama yükümlülüğü çerçevesinde gizli tutulması gereken kişisel veriler arasına dâhil edilmesi gerektiği ifade edilmektedir¹⁶⁸. Doktrinde ayrıca bu verilere örnek olarak çocuk düşürme, evlilik dışı gebelik, eşcinsellik, zührevi ve ruhsal hastalıklar gibi toplumun ayıplamasına maruz bırakacak durumlar sayılmıştır¹⁶⁹. Ayrıca hastalığın niteliği, gelişimi, anamnez¹⁷⁰, teşhis ve tedavi tedbirleri, prognoz¹⁷¹, psikolojik ve maddi bozukluklar ve zararlı karakteristik özellikler gibi özel durumlar, hasta dosyası ve içerdiği tüm rapor ve sonuçlar, muayene ile ilgili tüm detayların yanında bütün kişisel, ailevi, mesleki, ekonomik ve mali durumlarını ayrıca hastanın hekime ifade ettiği politik görüşleri de bu kapsamdadır¹⁷². Açıklanması durumunda hastanın maddi ya da

¹⁶⁵ Özdemir, **a.g.e.**, s. 138; Karasu, **a.g.e.**, s. 44; Mahmutoglu, Dursun, **a.g.e.**, s. 81.

¹⁶⁶ Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s. 47.

¹⁶⁷ Ayan, **a.g.e.**, s. 98; Büyükay, **a.g.e.**, s. 386; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 790; Kayaer, **a.g.e.**, s. 2033; Çiftçioğlu, **a.g.e.**, s. 103.

¹⁶⁸ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 1223.

¹⁶⁹ Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s. 47; Ayan, **a.g.e.**, s. 98; Cin, **a.g.e.**, s. 60.

¹⁷⁰ Hastanın hastalığı ve çevresi hakkında verdiği bilgi, hasta öyküsü, (Çevrimiçi) www.tdk.gov.tr, 30 Haziran 2022)

¹⁷¹ Hastalığın seyrini ve ne kadar süre devam edeceğini tahmin etme, (Çevrimiçi) www.tdk.gov.tr, 30 Haziran 2022.

¹⁷² Karasu, **a.g.e.**, s. 44; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 790.

manevi zarara uğrayabileceği her türlü olay ve olgu sır olarak kabul edilmekte, tedavi masraflarının karşılandığı kaynak da bu kapsamda sır olarak sayılmaktadır¹⁷³.

Tıp alanında kişisel veri kavramının kapsamına dahil edilen özel bir veriye 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 80. maddesinde rastlanmaktadır. Buna göre bir suç soruşturması veya kovuşturmasında şüpheli, sanık ya da diğer kişilerin beden muayenesi veya bunların vücutlarından örnek alınması durumunda elde edilen veriler ile moleküler genetik incelemeler sırasında elde edilen örnekler, numuneler ve diğer bulgular üzerinde yapılan inceleme sonuçları da kişisel veri sayılmaktadır¹⁷⁴. Nitekim kişisel sağlık verilerinden sayılan bu verilerin gizli tutulması gereken kişisel veri niteliği bu hükümle özel olarak vurgulanmıştır.

Görüldüğü gibi hastaya ilişkin sır kavramı oldukça geniş kapsamlı tutulmakta, gerekli durumlarda ve hastanın çıkarları doğrultusunda hastanın hekime başvurduğu hususu dahi bu kapsamda değerlendirilmektedir¹⁷⁵. Fransız hukukundaki bir düzenleme de sır saklama yükümlülüğünün kapsamının oldukça geniş olması gerektiği kabulüne hizmet ederek hekimin sır saklama yükümlülüğünün konusunu, yalnızca mesleğinin icrası sırasında kendisine doğrudan aktarılan bilgilerin değil hekimin bu süreçte gördüğü duyduğu veya anladığı her türlü olay ve olguları da içerdiği şeklindedir¹⁷⁶. Ayrıca kişisel veri ve kişisel sağlık verisi ile ilgili tanımlamalar dikkate alındığında hekimin sır saklama yükümlülüğünün ihlali şeklindeki eyleminin konusunu yalnızca kişisel sağlık verilerinin oluşturmayacağı, buna karşılık hekimin tedavi sebebiyle öğrendiği her türlü kişisel verinin bu kapsama gireceği de hatırd tutulmalıdır.

Yukarıdaki açıklamalar dikkate alındığında sır kavramının kapsamının belirlenmesinin oldukça zor olduğu anlaşılabacaktır. Bu bakımdan her somut olayın kendi koşulları içinde değerlendirilmesi ve bu şekilde sır kavramının saptanması gerekecektir. Doktrinde de hekimlerin hastalar bakımından sır olan olay ve olguları

¹⁷³ Zafer Zeytin, "Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü", *Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi*, C. 14, S. 2, 2006, ss: 77-82, s. 79, 80.

¹⁷⁴ Sedat Erdem Aydın, *a.g.e.*, s. 129.

¹⁷⁵ Ayan, *a.g.e.*, s. 99; Karasu, *a.g.e.*, s. 44.

¹⁷⁶ Fransa Hekimlerin Davranış Kuralları Madde 4, (Çevrimiçi)
<https://www.conseil-national.medecin.fr/sites/default/files/codedeont.pdf> 05 Mart 2022.

saptarken soyut şekilde hareket ederek ortalama bir hasta bakımından değil somut olayda söz konusu hastanın durumunu ve özelliklerini değerlendirerek karar vermesi gerektiği ifade edilmektedir¹⁷⁷.

2.5.2. Meslek Sırrı Bağlamında Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü

Hekimin sır saklama yükümlülüğünün dayanaklarından biri de meslek sırrı ilkesidir¹⁷⁸. Hekimlik faaliyeti açısından meslek sırrından bahsedilebilmesi için söz konusu sır niteliği taşıyacak olay ve olguların hekime mesleği dolayısıyla, tıbbi müdahale vesilesiyle aktarılmış olması, özel bir kişi olarak edindiği bir bilgi olmaması gereklidir¹⁷⁹. Ancak yalnızca hekimin bu sıfatı dolayısıyla öğrenebileceği değil sıradan bir kişinin de kolayca öğrenebileceği, kişinin adı veya dış görünüşü gibi hususların sır kapsamına girmeyeceği, hastanın bu konuda irade açıklamış olmasının bile hekimi bu açıdan sır saklama yükümlülüğü altına sokmayacağını savunan bir görüş de mevcuttur¹⁸⁰. Sırrın kişisel verilerin korunmasına ilişkin hükümler kapsamında korunacağı kabulü karşısında ve kişisel veri kavramının tanımından hareketle, kavramın kapsamının mümkün olduğunca geniş tutulması gerektiği belirlemelerimiz karşısında yukarıdaki görüşe, en azından hastanın bu yönde talepte bulunduğu durumlarda katılmak oldukça güçtür. Bunun yanında herkes tarafından bilinen olay ve olguların saklanması gereken sırlardan olmayacağı da açıktır¹⁸¹. Hasta-hekim ilişkisi içerisinde hekimin hastaya dair değerlendirmeleri de yine yukarıda açıklanan sır kavramının kapsamına girmez¹⁸².

Hekimlik faaliyeti bakımından tıbbi müdahale ilişkisi içerisinde hastaya ait sırlar, bizzat hasta tarafından aktarılabilmesi gibi hekim mesleğin icrası yani tedavi sırasında aşına olduğu bulgular yoluyla da bu sırrı öğrenmiş olabilir. Ancak bu husus

¹⁷⁷ Ayan, **a.g.e.**, s. 99; Karasu, **a.g.e.**, s. 44.

¹⁷⁸ Gürkan Sert, **a.g.e.**, s. 126.

¹⁷⁹ Hans Langmack, “Ceza Hukuku Açısından Hekimin Sır Saklama Yükümü”, Çev. Erdener Yurtcan, **İÜHF**, C. 39, S. 1-4, ss. 451-464, s. 454; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 793; Gürsel, **a.g.e.**, s. 13.

¹⁸⁰ Langmack, **a.g.e.**, s. 454; Erbaş, **Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğü**, s. 16.

¹⁸¹ Kıcıoğlu, **a.g.e.**, s. 84; Karasu, **a.g.e.**, s. 44.

¹⁸² Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 790.

hekimin sır saklama yükümlülüğünün değerlendirilmesi bakımından önem arz etmemekte, her iki durumda da hekimin bu sırrı saklama yükümlülüğü devam etmektedir¹⁸³.

Bunun yanında hekimin tedavi sırasında öğrendiği diğer kişilere ait bilgiler, meslek sırrı kapsamında değerlendirilemeyecektir. Ancak tedavi sırasında bir suçun işlendiğini öğrenmişse bunu ilgili makamlara bildirmekle yükümlüdür ve bu durumda sır saklama yükümlülüğünün ihlali sebebiyle hekim sorumlu tutulamayacaktır. Nitekim ilgili bölümde ele alınacağı gibi sağlık çalışanlarının görevleri sırasında karşılaştıkları suç belirtilerini ilgili makamlara bildirmemeleri durumunda ceza takibatı ile karşı karşıya kalacaklarına dair TCK'nın 280. maddesi oldukça açıktır. Söz konusu suç, tedavi ile yahut hekim-hasta arasındaki ilişki ile ilgili ise hekimin sır saklama yükümlülüğü ile bahsi geçen ceza normu çatışacağından bu durumda hekimin nasıl hareket etmesi gerektiği yönünde doktrinde görüş birliği yoktur. Bu tartışmaya konunun ceza hukuku boyutu incelenirken ayrıntılı olarak değinilecektir.

Belirtildiği gibi mesleğin icrası ile ilgili olmayan hususlar meslek sırrı olarak kabul edilmemiş ve dolayısıyla açıklanmasının yasaklanamayacağı ifade edilmiştir. Dolayısıyla yalnızca tedavi ile ilgili bilgiler açısından hekimin sır saklama yükümlülüğünün söz konusu olacağı ifade edilmektedir¹⁸⁴. Buna göre yukarıda ifade edildiği üzere üçüncü kişilerle ilgili edinilen bilgiler kural olarak meslek sırrı kabul edilmeyecek, sır saklama yükümlülüğü bağlamında bakıldığında da bu yükümlülüğün kapsamına girmeyecektir. Ancak üçüncü kişilerle ilgili bilgilerin tedavi ile ilişkili olması durumunda sır saklama yükümlülüğünün kapsamına dâhil edileceği kabul edilmelidir. Nitekim bulaşıcı hastalıklara ilişkin bulaş zinciri ile ilgili bilgi edinilmesi gibi istisnai bazı hallerde hekimin hasta ile münasebeti sırasında üçüncü kişilerle ilgili öğrendiği bazı bilgiler de meslek sırrı kapsamında sır saklama yükümlülüğüne girmektedir¹⁸⁵.

¹⁸³ Özdemir, **a.g.e.**, s. 141, 142; Karasu, **a.g.e.**, ss. 46-49; Erbaş, **Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğü**, s. 15; Cin, **a.g.e.**, s. 61.

¹⁸⁴ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 1225.

¹⁸⁵ Karasu, **a.g.e.**, s. 47; Langmack, **a.g.e.**, ss. 455-456: yazara göre bu bilgilerin tedavi dolayısıyla öğrenildiği durumlarda sır saklama yükümlülüğü bu kişilere karşı da geçerlidir.

Buna karşılık mesleki faaliyetle ilgili olmasa da kişilerin özel hayatlarına ilişkin hususların gizliliğine meslek erbabı tarafından riayet edilmesi gerektiği de doktrinde karşımıza çıkan görüşler arasındadır. Buna göre örneğin hekimlik faaliyeti bakımından hastanın özel hayatına dahil olan her türlü bilgi tıbbi müdahale ile ilgili olmasa da sır saklama yükümlülüğünün konusunu oluşturacaktır. Zira çoğu durumda diğer kişilerin bilgi ve görgüsünden korunmaya çalışılan kişinin özel hayatına ilişkin birtakım bilgiler hekim ile münasebeti sırasında ortaya çıkabilmektedir. Örneğin, hekimin tedavi için çağrıldığı evde evli olan hastasının eşinden başka bir kadınla yaşadığını öğrenmesi durumunda bu bilgi hekimin sır saklama yükümlülüğü sebebiyle gizli tutması gereken hususlar arasında sayılmıştır¹⁸⁶.

2.6. Mevzuat Düzenlemeleri İle Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü

Kişilik haklarını incelediğimiz bölümde de değindiğimiz gibi AİHS'deki yaşam hakkı gibi haklar da dâhil olmak üzere bütün haklar, taraf devletlere pozitif yükümlülük yüklemektedir. Bu bağlamda taraf devletlerin yalnızca söz konusu hakların kullanılmasını engellememe veya saygı gösterme yükümlülüğü değil, bunların yanında bu hakların etkili ve somut şekilde korunmasını sağlamak amacıyla yerine getirmesi gereken pozitif yükümlülükleri de bulunmaktadır. Bu hususun AİHS madde 1'de düzenlenen insan haklarına saygı gösterilmesi yükümlülüğü doğrultusunda sözleşmenin etkili bir şekilde uygulanması ilkesinin bir gereği olduğu ifade edilmiştir¹⁸⁷. Nitekim AİHM de kararlarında devletlerin pozitif yükümlülüklerine bu minvalde işaret etmektedir¹⁸⁸.

¹⁸⁶ Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s. 47. Bir görüşe göre, bu gibi durumlarda öğrenilen sır meslek ile ilgili olmadığından söz konusu husus meslek sırrı olarak kabul edilmeyecektir: Gürsel, **a.g.e.**, s. 13. Ancak söz konusu husus meslek sırrı olarak koruma altında olmasa bile aşağıda ele alacağımız üzere, gizli tutulması gereken kişisel veriler arasında sayılabilir.

¹⁸⁷ Öncü, **a.g.e.**, s. 8.

¹⁸⁸ AİHM K.H. vd. v. Slovakya Kararı, Başvuru No: 32881/04 Karar Tarihi: 06.11.2009, p. 45, (Çevrimiçi) [https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:\[%22K.H.%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-92418%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:[%22K.H.%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-92418%22]}) 27 Aralık 2021.

Bu bağlamda sözleşmenin tarafı olan devletlere yüklenen pozitif yükümlülükler de önlem alma yükümlülüğü ve sonuç yükümlülüğü şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Özellikle önlem alma yükümlülüğü, taraf devletlerin sözleşme kapsamında düzenlenen hakların ihlal edilmesini önlemek adına ilgili yasal düzenlemeleri yapma, bu düzenlemelerden hareketle denetimler yapma, etkili soruşturma yapma ve bu soruşturmaları gerektiğinde yargılama ve cezalandırma ile sonuçlandırma ve tüm bu süreçleri özenli bir şekilde yürütme şeklindeki yükümlülükleri de içermektedir¹⁸⁹.

Çalışma konumuz bakımından değerlendirildiğinde, sağlık personeline yüklenen sır saklama yükümlülüğünün etkili bir şekilde yerine getirilebilmesi için devlete düşen yükümlülüklerin de olduğu yukarıdaki değerlendirmelerden açıkça anlaşılmaktadır. Bu bağlamda devletler, sır saklama yükümlülüğü ile ilgili açık ve anlaşılır kanuni düzenlemeler getirmeli, hekimlerin ve sağlık personelinin sır saklama yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğini denetlemelidir.

Bu açıklamalar doğrultusunda iç hukukumuzda hekimlerin sır saklama yükümlülükleri ile ilgili mevcut düzenlemelere de değinmek gerekir. Hasta mahremiyeti hakkını incelediğimiz başlık altında ele alınan düzenlemeler sır saklama yükümlülüğünü doğrudan yahut dolaylı yoldan hüküm altına alan düzenlemeler olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunlara ek olarak konuyu özellikle hekim veya diğer sağlık mesleği mensupları bakımından ele alan iki ayrı düzenlemeye daha bu noktada değinmek yerinde olacaktır. Bunlardan Sağlık Mesleği Mensupları İle Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik'in 5. maddesinin 1 fıkrasının 1 bendi uyarınca bu kişilerin görevleri gereği eriştikleri kişisel verileri, rapor düzenleme zorunluluğu veya hasta ve diğer kişilerin hayati tehlikesi ile sonuçlanacak durumlar haricinde muhafaza etmeleri gerekmektedir. Bu düzenlemenin yanında Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 4. maddesi¹⁹⁰ ise kanuni zorunluluk durumları ve tıbbi araştırmalar esnasında hastanın

¹⁸⁹ Öncü, a.g.e., ss. 8-9.

¹⁹⁰ Bkz. (Çevrimiçi) <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/2.3.412578.pdf> 3 Mart 2022.

kimlik bilgilerinin gizlenerek¹⁹¹ hasta dosyasındaki hususların araştırmaya konu edinmesi yahut burada kullanılması durumları haricinde hekimin sır saklama yükümlülüğü altında bulunduğunu ele almaktadır.

Sır saklama yükümlülüğü ile ilgili bir başka mevzuat hükmü de Biyotıp Sözleşmesi şeklinde anılan Biyoloji Ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi'nin 10. maddesidir. TBMM tarafından da 03.12.2003 tarihinde kabul edilen onay kanunu ile yayımlanarak yürürlüğe konulan bu sözleşmenin 10. maddesinin 1. fıkrası uyarınca toplumu oluşturan her bir ferdin kendi sağlığı ile alakalı bilgiler bakımından gizlilik hakkı bulunmaktadır¹⁹².

2.7. AİHM Kararlarında Kişisel Sağlık Verilerinin Gizliliği Prensibi ve Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, sözleşmenin 8. maddesi çerçevesinde özel hayatın gizliliği ile ilgili başvuruları incelerken başvuru konusu yapılan ihlal ve sınırlamaların hukuka uygunluğunu, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olarak meşru bir amaca hizmet eder şekilde ve ancak kanunla yapılmış olması kıstaslarını göz önünde bulundurarak araştırmaktadır¹⁹³. Bu konuda AİHM'nin verdiği önemli birkaç karara değinmek yerinde olacaktır.

AİHM, kişisel sağlık verilerinin de içinde bulunduğu kişisel verilerin korunması ile ilgili hususları, AİHS'nin 8. maddesi kapsamında özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı çerçevesinde incelemiştir. Bu verilerin başka kişi ve kurumlarla paylaşılmasını gerektiren her türlü müdahale, 8. maddenin 1. fıkrasının ihlali dolayısıyla özel ve aile hayatının gizliliğinin ihlali anlamına gelirken bu tür müdahalelerin sözleşmenin 8. maddesinin 2. fıkrası uyarınca bazı durumlarda hukuka aykırı olmayacağı saptanmıştır. Mahkeme, önüne gelen başvurular bakımından da bu

¹⁹¹ Nitekim anonimleştirilmiş verilerin artık kişisel veri sayılmayacağı dolayısıyla kişisel verilere özgü korumadan yararlanmayacağı kabul edilmektedir: Dülger, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 165.

¹⁹² Bkz. (Çevrimiçi) <https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5013.html> 16 Mayıs 2022.

¹⁹³ Özbek, Doğan, Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 539.

Mahkeme başvuru değerlendirirken çalışma konumuz bakımından da oldukça önemli birtakım hususlara değinmiştir. Söz konusu tedbirler başlangıçta 8. maddenin 1. fıkrasının ihlali gibi görünmektedir. Mahkeme, ihlallerin 2. fıkarda sayılan meşru amaçlarla orantılı olup olmadıklarını değerlendirmiştir. Bunun yanında tıbbi verilerin korunmasının özel ve aile hayatına saygı hakkından yararlanma hususunda özel bir öneme sahip olduğunu, bu tür verilerin korunması ve gizliliğinin sağlanması hususlarının yalnızca hasta mahremiyetine saygı açısından değil, tıp mesleğine ve genel olarak sağlık hizmetlerine duyulan güvenin korunması açısından da oldukça önemli olduğunu belirtmiştir. Bu şekilde bir koruma sağlanmazsa tıbbi yardıma başvuracak kişiler, mahrem bilgilerini açıklamaktan hatta bütünüyle tıbbi yardım almaktan çekinebilir ki bu durum da kendi sağlıklarını tehlikeye atmaları anlamına gelebilir. Özellikle HIV/AIDS enfeksiyonu gibi durumlarda bu verileri açıklamak zorunda bırakılmaları kişileri aşağılanma ve dışlanma riskiyle karşı karşıya getirecek ve bu durum da kişilerin sosyal ve ailevi durumlarını oldukça fazla etkileyecektir. Bütün bu sebeplerle sözleşmeye taraf olan devletler iç hukuklarında, kişisel verilerin iletimi durumlarında 8. maddedeki güvencelerle uyuşacak düzenlemeler yapmalıdır¹⁹⁷.

Söz konusu verilerin gizliliği ile bu verilere yapılacak müdahale sonucu varılmak istenen meşru amacın orantılılığı değerlendirilirken müdahale kamu yararının ağır bastığı bir gereklilikle gerekçelendirilmedikçe bu verilerin gizliliğine yönelik menfaatler ağır basacaktır¹⁹⁸. Ayrıca mahkeme bazı durumlarda bu verilerin gizliliğinin, yetkili ulusal makamlara bir takdir marjı bırakılmasını da kabul ederek suçun soruşturulması ve kovuşturulması ile mahkeme işlemlerinin alenileştirilmesinden daha önemli sayılabileceğini belirtmektedir¹⁹⁹.

Yukarıda sayılan bu değerlendirmelerin ışığında mahkeme, başvuru ve eşinin doktorlarının yerel mahkemeye bilgi vermeye zorlanması, başvurucuya ait tıbbi kayıtlara el konulması ve bu kayıtların soruşturma dosyasına dahil edilmesi hususlarının meşru bir amaca hizmet eden yeterli gerekçelerle desteklendiğini ifade

¹⁹⁷ Z v. Finlandiya Kararı, p. 95, 96.

¹⁹⁸ Z v. Finlandiya Kararı, p. 96.

¹⁹⁹ Z v. Finlandiya Kararı, p. 97, 99.

bakımdan söz konusu müdahale, Mahkeme'nin oybirliği ile aldığı karara göre 8. maddenin ihlali teşkil etmemektedir²⁰⁵. Bunun yanında Z v. Finlandiya Kararında olduğu gibi burada da, sağlık verilerinin gizliliğinin yalnızca bireylerin özel hayat alanlarının korunmasını değil, aynı zamanda sağlık hizmetlerine ve tıp mesleğine duyulan güvenin de korunması anlamına geldiği vurgulanmıştır²⁰⁶.

Değineceğimiz bir başka karar da AİHM'nin *I. v. Finlandiya Kararı*dır. Söz konusu davada başvurucuya, hemşire olarak çalıştığı hastanede HIV/AIDS pozitif teşhisi konulmuş ve başvuru tedavisine aynı hastanede devam etmiştir. Başvurucu, bir süre sonra diğer hastane personelinin hastalığı hakkında bilgi sahibi olduğundan şüphelenerek doktoruna başvuruda bulunmuş ve bunun sonucunda söz konusu verilere yalnızca ilgili birimde çalışan personelin erişebilmesi sağlanmıştır. Başvurucu, daha sonra bilgilerine erişildiğini düşündüğü dönem için özel hayatın gizliliğinin yeterince korunmadığı iddiasıyla ihlalin tespiti adına başvuruda bulunmuştur. Yerel Mahkeme, bilgilere erişenlerin kimlikleri tespit edilemediğinden tazminat talebinin reddi kararı vermiştir. Ancak AİHM, hastane kayıtlarına herhangi bir zamanda yapılabilecek her türlü yetkisiz erişime yönelik önlem alınması gerektiğini belirtmiştir²⁰⁷. Başvuranın bilgilerinin ifşa edildiğinden şüphelenmesi üzerine sınırlı erişim ve sahte isim ve kimlikle kayıt gibi tedbirlerin alınmasını istemiş olmasına karşılık söz konusu tedbirler alınmadan önce, özellikle somut olayda da mevcut olan HIV/AIDS enfeksiyonu gibi durumlar söz konusu olduğunda, çok hassas bir nitelik teşkil eden tıbbi verilerin ifşa edilmiş olması nedeniyle 8. maddenin ihlaline karar verilmiştir²⁰⁸.

Konuyla ilgili AİHM'in bir başka kararı olan *Panteleyenkov v. Ukrayna* başvurusunda mahkeme, yerel mahkeme tarafından yargılamanın seyri içerisinde başvurusunun ruhsal durumu ve tedavisine ilişkin sağlık verilerinin akıl hastanesinden talep edilip alınarak halka açık bir duruşmada açıklanmasını söz konusu verilerin

²⁰⁵ S. Rasim Doru, "M.S. v. İsveç Kararı Çevirisi", *İÜHF*, C. LXXIV, S. 1, 2016, ss. 513-529, s. 521, 522.

²⁰⁶ M.S. v. İsveç Kararı, p. 41.

²⁰⁷ *I v. Finlandiya Kararı*, Başvuru No: 20511/03 Karar Tarihi: 17.10.2008, p. 47, (Çevrimiçi) <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%7B%22fulltext%22:%5B%22CASE%20OF%20I%20v.%20FINLAND%22%22%5D%22%22%7D%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%22CHAMBER%22%22itemid%22:%5B%22001-87510%22%5D%22%7D%22%7D> 02 Aralık 2021.

²⁰⁸ Üzeltürk, *a.g.e.*, ss. 236-237.

ait kişisel verilerin olayla ilgili olup olmadığı gözetilmeksizin denetleyen kamu kurumu ile paylaşılması 8. maddenin ihlali sayılmıştır²¹².

Araştırma alanımızın dışında bıraktığımız bedensel yahut fiziksel mahremiyet hususu ile ilgili olmasına rağmen mahkemenin önemli bazı noktalara temas etmesi sebebiyle burada inceleme gereği duyduğumuz *Konolava v. Rusya Kararı* konu olayda, başvuru doğum yaptığı sırada tıp öğrencilerinin de orada bulunması hususunu başvuru konusu yapmıştır. Mahkeme olayla ilgili değerlendirmesinde, sözleşmeye taraf devletlerin iç hukuklarının, sözleşmenin 8. maddesinin kişilere sağladığı özel ve aile hayatına saygı hakkının korunmasına hizmet edecek düzenlemeler içermesi gerektiğini ifade etmiştir²¹³.

Dava konusu olayda iç hukuk hükümlerinin tıp öğrencilerinin, tıbbi tedavilere yardımcı olabileceklerine dair genel bir hüküm bulunduğu, bu sebeple müdahalenin iç hukuka aykırı olmadığı ancak söz konusu iç hukuk hükmünün genel bir hüküm olduğu ve hastaların özel hayatlarını koruma altına alacak güvenceler içermediği saptanmıştır²¹⁴. Ayrıca başvurana, doğuma tıp öğrencilerinin katılacağına ilişkin bilgi, doğumdan bir gün önce verilmiştir. Buna rağmen başvuruçunun doğumdan hemen önceki bedensel ve ruhsal durumu göz önünde bulundurulduğunda, bu haldeyken başvuruçunun tıp öğrencilerinin katılımı ile ilgili sağlıklı bir karar vermesi oldukça güçtür. Bunun yanında kararda, bu konuda bir seçim yapma fırsatının kendisine verilip verilmediği hususunun belirsiz olduğu ifade edilmiştir. Bütün bu sebeplerle ilgili iç hukukun hasta haklarına keyfi müdahale durumlarına karşı yeterli güvence sağlamadığı görülmektedir. Dolayısıyla olaya konu müdahale sözleşmenin 8. maddesinin 2. fıkrasında mevcut hukuka uygunluk sebeplerini de barındırmadığından, başvuruçunun özel hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir²¹⁵.

²¹² L.H. v. Letonya Kararı, Başvuru No: 52019/07 Karar Tarihi: 29.07.2014, p. 58-60, 23, (Çevrimiçi) <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%7B%22fulltext%22:%5B%22L.H.%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-142673%22%5D%7D>

Aralık 2021; Karakul, *a.g.e.*, s. 192, 193.

²¹³ AİHM Konolova v. Rusya Kararı, Başvuru No: 37873/04 Karar Tarihi: 16.02.2015, p. 42, (Çevrimiçi) <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%7B%22fulltext%22:%5B%22%20CASE%20OF%20KONOVALOVA%20v.%20RUSSIA%22%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-146773%22%5D%7D> 24 Aralık 2021.

²¹⁴ Konolova v. Rusya Kararı, p. 43, 44.

²¹⁵ Konolova v. Rusya Kararı, p. 45, 49.

Görüldüğü üzere mahkeme, devletlerin hasta haklarına ve özellikle hasta mahremiyeti hakkı ile ilgili konularda keyfi müdahalelerin önlenmesi amacıyla etkili düzenlemeler yapması gerekliliği, bunun yanında sağlık personelinin de hastaların bu haklardan tam olarak yararlanabilmesi için, birtakım yükümlülüklerle sahip olduğu gibi önemli noktalara dikkat çekmiştir.

Konu ile ilgili önemli bir ayrıntıya değinilen *K.H. ve diğerleri v. Slovakya* başvurusunda, 8. maddenin kişilerin özel hayatını üçüncü kişilerin bu verilere ulaşımını sınırlandırmak şeklinde koruma altına aldığı belirtilmiştir. Kişisel veri sahiplerinin kendileri ile ilgili verilere ulaşamaması bu duruma aykırılık teşkil etmektedir. Başvuranlara uygulanan tedavinin kendi talepleri doğrultusunda denetlenmesini engelleyecek şekilde, hastane tarafından verilerin paylaşılmasının reddedilmesinin hukuka aykırı olduğu belirlenmesinde bulunulmuştur²¹⁶.

Bu karara ilişkin değerlendirmesinde mahkeme, sözleşmenin 8. maddesinde düzenlenen özel ve aile hayatına saygı hakkının devletlere, negatif yükümlülüklerin yanı sıra pozitif birtakım yükümlülükler de yükleyebildiğini ifade etmiştir²¹⁷. Bunun yanında söz konusu olay değerlendirildiğinde, kişisel verilerin sahipleri tarafından elde edilmesi durumunda kötüye kullanılması oldukça güçtür²¹⁸. Bu bağlamda kişisel sağlık verilerinin, veri sahiplerinin erişiminin engellenmesi dışında başka birtakım yollarla korunması mümkündür²¹⁹. Bu bakımdan kişisel verilerin sahipleri ve onlar tarafından yetkilendirilen kişi ve kurumların erişimine açılmasını engelleyen iç hukuk hükmü hukuka aykırıdır. Bu şekildeki bir uygulama, sözleşmenin 8. maddesinin devletlere yüklediği özel ve aile hayatına etkin bir şekilde saygı gösterilmesini gerektiren pozitif yükümlülüklerle aykırı olduğundan mahkeme 8. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir²²⁰.

²¹⁶ Karakul, **a.g.e.**, s. 194.

²¹⁷ AİHM K.H. vd. v. Slovakya Kararı, Başvuru No: 32881/04 Karar Tarihi: 06.11.2009, p. 45, (Çevrimiçi)
[https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:\[%22K.H.%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-92418%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:[%22K.H.%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-92418%22]}) 27 Aralık 2021.

²¹⁸ K.H. vd. v. Slovakya Kararı, p. 54.

²¹⁹ K.H. vd. v. Slovakya Kararı, p. 56.

²²⁰ K.H. vd. v. Slovakya Kararı, p. 57, 58.

AİHM, kişisel sağlık verilerinin gizliliği ile ilgili başvurularda önemli birkaç noktaya dikkat çekmiş ve başvuruları bunlar üzerinden incelemiştir. Bunlardan ilki, kişisel sağlık verilerinin gizliliği sözleşmenin 8. maddesinde düzenlenen özel ve aile hayatına saygı hakkı ile ilişkilidir. Söz konusu başvurular bu maddenin ihlali düzleminde incelenmiştir. Bunun yanında veri sahiplerinin kendileri yahut yetkilendirdikleri kişilerin bu verilere erişmelerini engellemeye varacak derecede korumanın amaca aykırı olduğu, bu durumun özel ve aile hayatının korunması hakkının etkin şekilde kullanılmasına ve bu hakka saygı gösterilmesi gerekliliğine hizmet etmediğini ifade etmiştir. Sözleşmenin 8. maddesinde düzenlenen özel ve aile hayatına saygı hakkı, devletlere pozitif ve negatif yükümlülükler yüklemektedir. Bu doğrultuda hasta haklarına yapılacak keyfi müdahalelerin önlenmesine yönelik iç hukuk düzenlemeleri yapılması gereklidir.

Kişisel sağlık verilerinin gizliliği esas olsa da her somut olayın özellikleri göz önünde bulundurulmak koşulu ile verilerin gizliliği prensibi karşısında mahkeme işlemlerinin ve yargılama makamlarının taleplerinin gerekleri mahkeme işlemlerinin aleniyeti bağlamında daha öncelikli sayılabilmektedir. Ancak yargılama sürecinde, bu sürece dâhil edilecek kişisel sağlık verilerinin yalnızca bu süreçle doğrudan ilgili ve birincil derecede önemli olması gerektiği ifade edilmiştir. Bunun yanında dosyada bulunan verilerin gizliliğinin mümkün olduğu ölçüde ve süresiz şekilde sağlanması gerekliliğine dikkat çekilmiştir.

2.8. Hekimin Üçüncü Kişi ve Kurumlarla Bilgi Paylaşımı Şeklindeki Davranışının Sır Saklama Yükümlülüğü Açısından Değerlendirilmesi

Yukarıda bahsedildiği üzere hekimin sır saklama yükümlülüğünü ihlal şeklindeki davranışı veri işleme faaliyetine vücut veren fiiller ile örtüşebileceği gibi bu ihlal daha geniş bir çerçevede de ele alınabilir. Zira hekimin hastayı ilgilendiren bir veriyi üçüncü kişilere bir konuşma esnasında söylemesi, yazı ile anlatması yahut bu

verilere dair bir fotoğraf göstermesi ya da umumi bir ortamda yayınlaması durumlarında sır saklama yükümlülüğü ihlal edilmiş olur²²¹.

Genel olarak sır saklama yükümlülüğü bakımından ilgili hastanın rızası, zorunluluk hali, yetkili makamın emri ile kanun hükmünün yerine getirilmesi, acil durumlar gibi haller sır saklama yükümlülüğünün sınırlarını oluşturan çerçeve olarak kabul edilebilir²²². Ayrıca hekimin sır saklama yükümlülüğünün yargılama makamları karşısında geçerli olmadığı, hekimin sanık olarak yargılandığı yahut görülmekte olan davada davalı olduğu durumlarda kendisini savunmak adına hastanın sır teşkil eden verilerini açıklayabileceği ifade edilmektedir²²³. Ancak paylaşılan söz konusu kişisel verilerin görülmekte olan dava ile doğrudan ilgili olması, yargılamanın devamı bakımından dosyaya sunulması gerekli olan hususları içermesi ve bu hususlarla sınırlı olması gerekmektedir²²⁴. Bunun yanında yine hekime karşı açılmış bir davanın varlığı ve hekimin kendini savunmak adına hastaya dair bilgileri paylaşması gerekliliği gibi hekimin menfaatinin söz konusu olduğu durumlarda da hekimin sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmesi sebebiyle sorumlu olmadığı belirtilmektedir²²⁵.

Hekimin tıbbi müdahale ile ilgisi olmayan diğer sağlık personeline hastaya ilişkin sır niteliğindeki kişisel verileri aktarması halinde de sır saklama yükümlülüğünü ihlal ettiği, bu bakımdan hukuki ve cezai anlamda sorumluluğunun

²²¹ Belgesay, **a.g.e.**, s. 146.

²²² Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 794; Erem, **a.g.e.**, s. 839, 840.

²²³ Mehmet Demir, **Hekim ve Hastane Yönünden Tıbbi Sorumluluk Hukuku**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018, s. 239; Ayan, **a.g.e.**, s. 99; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 794; Erem, **a.g.e.**, s. 840; Kayaer, **a.g.e.**, s. 2042; Belgesay, **a.g.e.**, s. 151; Merve Gürcan, **Tıp Hukukunda Eser Sözleşmesi**, Ankara, Seçkin, 2020, s. 56.

²²⁴ Yargıtay da 10.09.2013 tarihinde verdiği bir kararda, estetik operasyon geçiren davacının ablasının operasyondan sonra sorunlar yaşaması sebebiyle doktor aleyhine açtığı manevi tazminat davasında, ablası ile aynı zamanda aynı operasyonu geçiren davacıya ait ameliyat öncesi fotoğrafların, bu davada doktor tarafından ve savunma hakkının kullanılması gerekçesiyle dosyaya ibraz edilmesi durumunu; davacının başvurusu üzerine değerlendirmiş ve davalı doktorun mesleği nedeniyle elde ettiği söz konusu kişisel verinin meslek sırrı olarak kabulü ile saklanması ve veri sahibi olan davacının izni olmaksızın **başka bir davada** delil olarak kullanılmasını özel yaşamın gizliliğini ihlal olarak değerlendirmiş ve aksi yönde karar veren ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. Nitekim burada dikkat çeken husus şudur; mahkeme, davacının kendisi ile ilgili davada, davacıya ait kişisel verilerin kullanımını değil davacıya ait kişisel sağlık verilerinin başka bir davada kullanılmış olmasını ihlal olarak nitelendirmiştir. (4. H.D. 2013/11809 E. 2013/13931 K.) (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> 3 Mart 2022.

²²⁵ Zeytin, **a.g.e.**, s. 81.

doğabileceği kabul edilmektedir²²⁶. Bu aktarım, hekimin yetkisiz kişilerle konuşarak onları bu hususta bilgilendirmesi şeklinde olabileceği gibi bir mesaj, mektup yoluyla ya da veri depolayan herhangi teknik bir araç vasıtası ile bu verileri başkalarının bilgisine açması şeklinde de olabilecektir. Buna karşılık hekimin elzem durumlarda tedavinin seyri açısından başka hekimleri ve sağlık personellerini bilgilendirmesi durumu hukuka aykırı sayılmayacak, sır saklama yükümlülüğünün ihlali sebebiyle sorumluluk doğurmayacaktır²²⁷.

Hekimin sır saklama yükümlülüğü hastanın yakınlarına karşı da geçerlidir²²⁸. Bu bağlamda hastanın tedavinin başından beri yanında bulunan yakınına bilgi vermesi veya hastalık sebebiyle hastanın yakınları bakımından bir tehlikenin var olması ve bu sebeple tedbir alma zorunluluğunun bulunması gibi durumlar hariç hekim hastanın yakınlarına karşı da hastanın sırrını saklamak ile yükümlüdür²²⁹. Bu bakımdan hastanın sır olarak saklanması hususunda irade beyanında bulunduğu bir hususu hekimin hastanın yakınlarına bildirmemesi gerekir. Bu kabulden hareketle nişanlı çiftlerden birinin evliliğe mani bir hastalığı bulunduğunu öğrenen hekim bu hususu hastasının nişanlısı ile paylaşamaz²³⁰. Aksi halde sır saklama yükümlülüğünü ihlal sebebiyle sorumluluğu doğar. Ancak nişanlı çiftin evlilik hazırlığı bağlamında birlikte muayeneye gelmesi durumunda hekimin artık taraflardan her biri bakımından diğerine karşı sır saklama yükümlülüğü yoktur²³¹. Zira taraflar bu hususları öğrenmek amacı ile birlikte muayeneye gelmektedirler.

Ancak hastanın yakınlarının yahut diğer üçüncü kişilerin daha üstün nitelikteki yaşam ve sağlık hakkını korumak amacıyla hekimin tehlike arz eden durumları ve bulaşıcı hastalıkları ilgililere bildirmesi durumunda sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmiş sayılmayacağı ifade edilmektedir²³². Nitekim hekimin hak ve yükümlülükleri başlığı altında değinildiği üzere Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 57. maddesi ve

²²⁶ Ayan, **a.g.e.**, s. 99; Hakeri, **Tıp Hukuku**, ss. 1228-1230.

²²⁷ Erem, **a.g.e.**, s. 839.

²²⁸ Ayan, **a.g.e.**, s. 99.

²²⁹ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 1225.

²³⁰ Belgesay, **a.g.e.**, s. 149.

²³¹ **A.e.**

²³² Ayşe Palanduz, "Hasta Hakları Özelinde Mahremiyet Haklarının Değerlendirilmesi", **Uluslararası Türk-Amerikan Tıp Hukuku ve Etiği Sempozyumu**, Ankara, Seçkin, 2014, ss. 221-238, s. 233; Gürkan Sert, **a.g.e.**, s. 71.

Sağlık Bakanlığı tarafından belirlenen hastalıkların hekim tarafından bildirimi zorunludur²³³. Bu hususa ilerleyen bölümde zorunluluk hali başlığı altında ayrıntılı olarak değinilecektir.

Bunun yanında hastanın 18 yaşını doldurmamış bir kişi olması durumunda hasta velayet veya vesayet altında olacağından, hastanın sırrının saklanması konusunda açıkladığı iradesi yahut sırrının ifşasına yönelik rızasının geçerli olup olmayacağı hususu gündeme gelmektedir. Bu durumda hastanın temyiz kudretine bakılmalı, 18 yaşından küçük olan hasta temyiz kudretini haiz ise sırrının saklanması yönündeki iradesine uygun davranılmalıdır²³⁴. Nitekim özel hayatın gizliliğine dair kişilere tanınmış olan temel hak, hasta küçüğün ailesi bakımından geçerli olan bilgilenme hakkından daha önce gelecektir²³⁵. Bu bakımdan yaşı ne olursa olsun herkesin özel hayatın gizliliği hakkından gerektiği gibi yararlanması gerekir. Ancak hasta küçüğün yaşı itibariyle gizli tutulması gereken veya gizli tutulmasını istediği alanın sınırları konusunda sağlıklı bir belirleme yapamayabileceği, bu durumda da hekimin bu hususta makul bir denge kurması gerektiği ifade edilmektedir²³⁶. Bu hususa cezai sorumluluk bahsinde ilgilinin rızası hukuka uygunluk sebebinde ayrıca değinilecektir.

Önemli bir husus olarak 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 6. maddesi uyarınca sterilizasyon ve rahim tahliyesi operasyonlarının gerçekleştirileceği kişi evli ise eşin de rızası gerektiğinden hekimin operasyona tabi tutulacak hastanın eşini bilgilendirmesi sır saklama yükümlülüğünün ihlali sayılmayacaktır. Ancak söz konusu hasta evli değilse nişanlısı yahut partnerinin bu hususta bilgilendirilmesi hususunda kanuni bir zorunluluk bulunmadığından bu kişilere söz konusu operasyon ile ilgili bilgi verilmesi hekimin sır saklama yükümlülüğünün ihlali teşkil eder²³⁷. Yukarıda bahsi geçen madde hükmü uyarınca gebeliğin sona erdirilmesi operasyonuna tabi olacak kişi, 18 yaşından küçük ise kendi rızası ile birlikte veli veya vasisinin de izni arandığından bu durumda da küçüğün ailesinin bilgilendirilmesi sır saklama

²³³ Cin, **a.g.e.**, s. 65.

²³⁴ Zeytin, **a.g.e.**, s. 81; Büyükay, **a.g.e.**, s. 392.

²³⁵ Yılmaz, **a.g.e.**, s. 176, 177.

²³⁶ **A.e.**, s. 188, 189.

²³⁷ Zeytin, **a.g.e.**, s. 81.

yükümlülüğünün ihlali sebebiyle sorumluluk doğurmayacaktır²³⁸. Ancak kanaatimizce bu durumda da bildirim yalnızca izni açıklamaya yetkili aile bireylerine yapılmalı, gizliliğe mümkün olduğu ölçüde riayet edilmelidir.

Sigorta kurumlarına verilecek bilgiler bakımında ise önceki bölümde değindiğimiz AİHM kararı uyarınca söz konusu bilgilerin bir kamu kurumu olan sağlık merkezinden yine bir kamu kurumu olan sosyal sigortalar kurumuna verilmesi durumunun gizliliğin korunmasına yönelik yeterli önlemlerin alınması halinde özel hayatın gizliliğini ihlal niteliğinde olmadığı saptanmıştır²³⁹.

Hekimin sır saklama yükümlülüğünü ihlal ettiği durumlar da kişisel verilerin korunması hukukunun uygulama alanı içerisinde değerlendirilmektedir²⁴⁰. Bu açıdan yukarıda incelenen kişisel verilerin işlenmesi fiili önem arz etmektedir. Bu bakımdan ilgili başlık altında yapılan açıklamalar dikkate alınmalıdır. Bunun yanında söz konusu açıklamalar doğrultusunda hekimin vakıf olduğu kişisel verilerin bir veri kayıt sistemine tabi olmaması durumunda veya işleme faaliyetinin bilişim sistemlerinden yararlanarak yapılmaması durumlarında KVKK'da işleme fiili gündeme gelmeyecektir. Bu sebeple hekimin sır saklama yükümlülüğünü ihlal durumu için kişisel verilerin işlenmesine ilişkin KVKK hükümleri ve işleme fiilini hukuka uygun hale getiren hükümler uygulama alanı bulamaz. Dolayısıyla alelade şekilde hastaya ilişkin verilerin paylaşılması KVKK kapsamında işleme fiili bağlamında değerlendirilmemelidir.

Bu durumda kişisel verilerin aktarılması gündeme gelebilir. Zira ilgili bölümde açıklandığı üzere her ne şekilde olursa olsun kişisel verilerin başkalarıyla paylaşılması aktarma fiiline vücut verir. Dolayısıyla yukarıdaki şartlar mevcut olmasa da alelade şekilde hekimin hastanın verilerini paylaşması durumunda hastaya ait bu kişisel veriler aktarma fiili kapsamında KVKK korumasından yararlanacaktır. Ancak aktarma fiilinin yöneldiği üçüncü kişilerden anlaşılması gerekenin veri sorumlusu veya bir başka veri işleyen olması gerektiği görüşü karşısında aktarma fiilinin de her durumda

²³⁸ Zeytin, **a.g.e.**, s. 81.

²³⁹ Bkz. yukarı, M.S. v. İsveç Kararı, s. 88.

²⁴⁰ Nur, **a.g.e.**, s. 50.

sır saklama yükümlülüğünü ihlal davranışını karşılamayacağı kabul edilmelidir²⁴¹. Dolayısıyla bir sonraki bölümde hareket unsuru bağlamında yeniden ele alınacak olmakla birlikte hekimin sır saklama yükümlülüğünü ihlal şeklindeki davranışı kimi zaman işleme fiili, kimi zaman da aktarma fiili şeklinde anlaşılabilecekse de bu fiillerin ihlal davranışını her zaman karşıladığını kabul etmek mümkün değildir.

Özellik arz eden bir durum olarak hekimin sır saklama yükümlülüğünün zaman açısından sınırlandırılması meselesine bu noktada değinmek gerekir. Belirtilmelidir ki hekimin sır saklama yükümlülüğünün belli bir zaman dilimi ile sınırlı tutulması bu yükümlülükle korunmak istenen amaçlara aykırı olacaktır. Bu açıdan hekimin hekimlik niteliğinin sona ermesi yahut hekimlik sözleşmesinin çeşitli vesilelerle son bulması sır saklama yükümlülüğünü kaldırmaz²⁴². Sır saklama yükümlülüğü ancak hekimin ölümü ile ortadan kalkacaktır²⁴³. Dolayısıyla hekimin sır saklama yükümlülüğü hastanın ölümünden sonra da devam etmektedir²⁴⁴. Bunun sebebi, sır saklama yükümlülüğü ile inşa edilmeye çalışılan güven ilişkisidir. Nitekim hasta hayattayken sırlarının saklanmayacağına güvense de ölümünden sonra bu sırların korumasız kalacağını bildiğinde yine hekime tedavi için gerekli bilgileri aktarmaktan çekinebilecektir²⁴⁵. Ayrıca ölenin sır sayılan kişisel verilerinin ifşası, yakınlarının kişilik haklarına saldırı teşkil edecektir²⁴⁶. Bunun yanında bir görüşe göre ise ölenin sır üzerindeki tasarruf hakkı mirasçılara geçmektedir²⁴⁷.

Bahsettiğimiz bu hususlardan yola çıkarak hekim hastanın sırrını saklamakla yükümlüdür ve bu yükümlülüğe aykırı davrandığında hekimin sorumluluğu doğacaktır. Bu bağlamda hekimin temel tıp kurallarına ve Türk Tabipler Birliği'nin uyulmasını istediği tüzük ve yönetmeliklere aykırı davranması halinde mesleki sorumluluğu, yine görev yaptığı sağlık kuruluşundaki yasal kurallara uymaması

²⁴¹ Bkz. yukarı, s. 73.

²⁴² Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 793; Kemale Aslanova, **Sağlık Hukuku Ders Notları**, 2. Baskı, İstanbul, Aristo Yayınevi, 2019, s. 91.

²⁴³ Langmack, **a.g.e.**, s. 462; Çiftçiöğlü, **a.g.e.**, s. 104.

²⁴⁴ Ayan, **a.g.e.**, s. 100; Kayaer, **a.g.e.**, s. 2038; Gürkan Sert, **a.g.e.**, s. 71; Erem, **a.g.e.**, s. 839; Gürcan, **a.g.e.**, s. 56.

²⁴⁵ Nizamettin Aydın, "Tıp Ceza Hukukunda Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme ve Ele Geçirme Suçu (TCK m. 136.)", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 21, S. 2, 2013, ss. 7-30, s. 21; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 1230; Deryal, **a.g.e.**, s. 180.

²⁴⁶ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 1231; Nizamettin Aydın, **a.g.e.**, s. 21.

²⁴⁷ Erem, **a.g.e.**, s. 839.

halinde idari sorumluluğu, mesleğin icrası sırasında başkalarına verdiği zararlardan dolayı da Borçlar Kanunu anlamında tazminat sorumluluğu (hukuki sorumluluk) doğar²⁴⁸. Araştırma konumuz bakımından önemi itibariyle hekimin bu konudaki hukuki sorumluluğuna kısaca değinilecek, son bölümde ise hekimin sır saklama yükümlülüğünü ihlali sebebiyle cezai sorumluluğu ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

2.9. Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğünü İhlal Etmesi Durumunda Hukuki Sorumluluğu

2.9.1. Genel Olarak

Hastaların tıbbi gereksinimleri sebebiyle hekime başvurusu ve hekimin de hastayı tedavi etmeyi kabul etmesi sonucu hekim-hasta arasındaki tıbbi müdahale ilişkisi başlar. Bu ilişki, hukuki anlamda bir borç ilişkisi olarak nitelendirilebilir. Bu borç ilişkisi içerisinde ilk bölümde zikredilen hastanın ve hekimin yükümlülükleri önem arz etmektedir. Her iki tarafa çeşitli edim yükümlülükleri yükleyen bu hukuki ilişkinin niteliğini belirleyen spesifik edim yükümlülüğü ise hekimin teşhis ve tedavi yükümlülüğüdür. Bu yükümlülük, özel hukuk sorumluluğu araştırılırken hekime düşen edim borcu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunun yanında hekimin ve hastanın yükümlülükleri ile ilgili bölümde sayılan diğer yükümlülükler de hekime ve hastaya düşen diğer yan edim borçlarını oluşturmaktadır. Hekimin teşhis ve tedavi yükümlülüğü şeklindeki ana edimi sebebiyle, genellikle bir sözleşme ilişkisi olarak adlandırabileceğimiz tıbbi müdahale ilişkisinin esas borçlusu, hekim olarak kabul edilebilecektir.

Teşhis ve tedavi yükümlülüğü altındaki hekim, hekimlik faaliyetinin kural ve kaideleri çerçevesinde tıbbi müdahalede bulunmak suretiyle bu yükümlülüğünü yerine getirmektedir. Hekimlik, niteliği itibariyle oldukça karmaşık bir bilim dalı üzerinde uzmanlığı gerektirdiğinden hem bir meslek hem de bir sanat icrası anlamına gelmektedir ve bu bakımdan hekimin bilgisinin yanında tedavi için becerisi de ön plana çıkan bir husustur. Bunlara ek olarak tıbbi müdahale ilişkisinin insan sağlığı

²⁴⁸ Hekimin cezai sorumluluk dışındaki sorumluluk türleri ve bilhassa hukuki sorumluluğu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Kıcıoğlu, **a.g.e.**, ss.167-457.

üzerine kurulu olduğu ve bu sebeple risk faktörlerinin yüksek olduğu düşünüldüğünde hekimin teşhis, tedavi ve bakım yükümlülüklerini yerine getirirken oldukça dikkatli ve özenli olması gerektiği sonucuna ulaşılabacaktır. Hekim, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı şekilde gerçekleştirilecek her türlü davranışından sorumlu tutulacaktır. Gerekli dikkat ve özen yükümlülüğünün derecesi her somut olay bakımından ayrı ayrı değerlendirilmelidir²⁴⁹.

Sır saklama yükümlülüğü sır şeklinde ifade edilen kavrama değil ancak bu sırı saklamakla yükümlü olan kişiye bağlı bir yükümlülük olarak kabul edilmekte, bu bakımdan sırba bağlı olarak el değıştirmemektedir²⁵⁰. Hekimin sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmesi gibi sadakat ve özen yükümlülüklerini ihlal ettiği durumlarda da bu bağlamda hukuki sorumluluğu gündeme gelecektir.

Önceki bölümlerde incelenen sır kavramı dikkate alındığında, sırrın medeni hukuk anlamında kişisel varlıklardan sayılacağı ve bu kişisel varlıkların da kişilik haklarının temelini oluşturacağı açıklamaları hatırlanacaktır. Kişilik hakları, kişisel varlıklar üzerindeki haklar olup doğumla birlikte kendiliğinden kazanılan ve ölümle de sona eren haklardır. Bu sebeple ölüm halinde miras yoluyla intikal etmeleri düşünülemez. Ölümden sonra bu haklara saldırı halinde ölünün kişilik hakkından söz edilemeyeceğinden ölenin yakınlarının kişilik haklarına saldırının mevcut olduğu kabul edilebilir²⁵¹. Bu açıklamalar doğrultusunda kişilik hakkının ihlalinden doğan malvarlığı hakları yani maddi ve manevi tazminat talepleri, TMK 25. madde uyarınca karşı tarafın kabulü olmadıkça devredilemez ve miras bırakan sağlığında ileri sürmedikçe mirasçılara intikal edemez²⁵². Ayrıca ölenin kişisel varlıklarından sayılan ve sır teşkil eden verilerinin açıklanması durumunda da yukarıdaki açıklamalar uyarınca ölenin kişilik hakkının ihlalinden değil, yakınlarının kişilik haklarına saldırıdan bahsedilebilecektir.

²⁴⁹ Kıcaloğlu, **a.g.e.**, ss. 167-169.

²⁵⁰ Langmack, **a.g.e.**, s. 453.

²⁵¹ Kılıçoğlu, **Medeni Hukuk**, s. 314.

²⁵² **A.e.**

TMK 25/4: “Manevî tazminat istemi, karşı tarafça kabul edilmiş olmadıkça devredilemez; mirasbırakan tarafından ileri sürülmüş olmadıkça mirasçılara geçmez.”

Bu bakımdan genel olarak hekimin sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmesi durumunda hastanın kişilik haklarına bir saldırı söz konusu olacağından TMK'nın 23 ve devamı maddeleri gündeme gelecektir²⁵³. Sır saklama yükümlülüğünün ihlali, hastanın kendi kişilik haklarının yanında yakınlarının kişilik haklarına da saldırı teşkil edebileceğinden hekimin hem hastaya hem de yakınlarına karşı hukuki sorumluluğunu doğurur²⁵⁴.

Bu doğrultuda somut olayda hekimin hasta ile ilgili vakıf olduğu sırları hukuka aykırı olarak ifşa etmesi muhtemel ise, hasta öncelikle kişilik haklarına yapılacak bu şekildeki bir saldırı tehlikesinin önlenmesini hâkimden dava yoluyla talep edebilecektir²⁵⁵. Sırrın bir internet sitesinde yayımlanması durumunda ise internet sitesinin ilgili sayfasına erişimin kısıtlanması gibi tedbirler, saldırının durdurulması şeklinde bir tedbir olarak uygulanabilecektir²⁵⁶.

Bir kişisel verinin çeşitli yollarla hukuka aykırı olarak ifşa edilmiş olması durumunda bireyin kişilik hakları zedelenmiş olacak, ancak söz konusu saldırı bitmiş olsa da kişilik haklarına yapılan bu saldırının etkisi devam edebilecektir. Bu durumda da hasta aynı şekilde dava yoluyla hukuka aykırılığın tespitini isteyebilecektir²⁵⁷. TMK 23 ve devamı maddeleri uyarınca saldırı tehlikesinin önlenmesi, saldırının durdurulması ve tespit davaları bakımından saldırının ya da saldırı tehlikesinin hukuka aykırı olması yeterli görülmüş, ayrıca zarar ve kusur şartı aranmayacağı ifade edilmiştir²⁵⁸. Bundan sonra hastanın sırrının ifşa edilmesi sebebiyle uğradığı zararın giderilmesi için aşağıdaki açıklamalar doğrultusunda hukuki sorumluluğun niteliği, esas ve koşulları da dikkate alınarak hekimin borçlar hukuku hükümleri uyarınca tazminat sorumluluğu gündeme gelecektir.

Hekimin hukuki sorumluluğunun dayanağı ise yukarıda ilgili bölümde saymış olduğumuz mevzuat hükümleridir. Bunun yanında yine ilgili bölümde değindiğimiz

²⁵³ Öztürk, Altınok Çalışkan, Seyhan, **a.g.e.**, s. 54; Aksoy, **a.g.e.**, s. 85.

²⁵⁴ Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s. 47.

²⁵⁵ Zeytin, **a.g.e.**, s. 78; Donay, **a.g.e.**, s. 23; Haluk N. Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 18. Bası, İstanbul, Beta, 2021, s. 303.

²⁵⁶ **A.e.**, s. 303.

²⁵⁷ Aksoy, **a.g.e.**, s. 86; Nomer, **a.g.e.**, s. 304.

²⁵⁸ Aksoy, **a.g.e.**, s. 87.

üzere, hekimin hukuki sorumluluğunun esası daha çok sözleşme olsa da haksız fiil ve vekaletsiz iş görme olarak da karşımıza çıkabilmektedir. Hekimin sır saklama yükümlülüğünün esasının bunların yanında kişilik haklarının korunmasına ve bu haklara saygı gösterilmesi yükümlülüğüne dayandığı, bu sebeple hekimle hasta arasında bir sözleşme ilişkisinin varlığının şart olmadığı da doktrinde ifade edilen görüşler arasındadır²⁵⁹. Hekimin sır saklama yükümlülüğü bakımından sorumluluğu için borçlar hukuku bakımından genel kaidelerin ve genel sözleşme türlerinin kabulü görüşlerinin yanında doktrinde mevcut bir görüş tarafından hasta bilgilerinin gizliliği ile ilgili hekim veya ilgili diğer sağlık personeli ile ayrı bir gizlilik sözleşmesi yapılması önerilmektedir²⁶⁰. Ancak genel olarak söz konusu sözleşme ilişkisi vekalet sözleşmesi şeklinde kabul görmektedir. Bunun sonucunda vekile yani bu ilişkide hekime düşen önemli yükümlülüklerden biri olan sadakat ve özen yükümlülüğü, yukarıda değindiğimiz dikkat ve özen yükümlülüğünün sözleşmeler hukuku bağlamında temelini oluşturmaktadır.

2.9.2. Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Sorumluluk

Hekimlik sözleşmesi bakımından genel kabul gören anlayış doğrultusunda hekimin vekalet sözleşmesi hükümleri çerçevesinde sorumlu tutulması için, öncelikle ortada geçerli bir sözleşme ilişkisi mevcut olmalı ve bunun yanında hekimin bu sözleşme hükümlerini hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi sebebiyle bir sözleşmeye aykırılık durumu söz konusu olmalıdır²⁶¹. Hekimin sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmesi durumunda ise vekile düşen sadakat ve özen yükümlülüğü ihlal edilmiş olacağından sözleşmeye bu noktada bir aykırılığın varlığından bahsedilecektir.

Sözleşmeye aykırılık, icrai ya da ihmali hareketten kaynaklanabilmektedir²⁶². Söz gelimi hekimin sır saklama yükümlülüğüne aykırı olarak hasta sırrını doğrudan ifşa etmesi sözleşme hükümlerine aykırılık sebebiyle sorumluluk doğuracağı gibi, hekimin bu hususta gerekli özeni göstermeyerek örneğin hasta dosyasını masanın

²⁵⁹ Büyükay, **a.g.e.**, s. 384.

²⁶⁰ Yılmaz, **a.g.e.**, s. 174.

²⁶¹ Ayan, **a.g.e.**, s. 63; Kemal Oğuzman, Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler- Cilt-1**, 20. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2022, s. 383.

²⁶² Kıcaloğlu, **a.g.e.**, s. 188; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, **Cilt-1**, s. 420.

üstünde herkesin görebileceği bir durumda bırakması durumunda olduğu gibi ihmali hareketle de bu aykırılık gündeme gelebilecektir.

Bunun yanında hekimin sözleşmeye aykırılıktan doğan hukuki sorumluluğuna başvurulabilmesi için hastanın bir zarara uğramış olması da gerekir²⁶³. Söz konusu zarar, hastanın hekimin davranışı sebebiyle iş göremez hale gelmesi veya mesleğini eskisi gibi yerine getiremiyor olması, dolayısıyla maddi bir zarara uğraması şeklinde olabilir. Bunun yanında hatalı tedavi gibi durumlarda hastanın sağlığına yeniden kavuşabilmesi için yapması gereken ekstra masraflar veya bu hatalı tıbbi müdahale sonucunda ölmesi halinde bakmakla yükümlü olduğu kişilerin zararlarının ortaya çıkması durumlarında da yine maddi bir zarardan söz edilebilir²⁶⁴. Hastanın bu gibi sebeplerle duyduğu bedensel ve ruhsal acı ve ıstırapları da manevi zarar olarak ortaya çıkacaktır²⁶⁵.

Sır alanına giren kişisel varlıklara, dolayısıyla kişilik haklarına saldırı halinde yalnızca manevi zarar değil, maddi zarar da meydana gelebilmektedir²⁶⁶. Örneğin, ifşası halinde kişinin şeref ve itibarını zedeleyebilecek birtakım sırlarının, aleniyet kazanması durumunda şeref ve itibarın zedelenmesi sebebiyle meydana gelen üzüntü ve ıstırap manevi zarar iken kişinin ticari hayatının etkilenmesi veya mesleğinden olması durumunda maddi zarar olarak ortaya çıkacaktır²⁶⁷. Bütün bunların yanında zarar ile hekimin davranışı arasında uygun illiyet bağının da bulunması sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk açısından şarttır²⁶⁸.

Meydana gelen zararın ispatı, TMK'nın 6. maddesinde düzenlenen genel kural uyarınca hastaya bırakılmıştır. Dolayısıyla hekimin sözleşmeye aykırı davranışı sebebiyle ortaya bir zararın çıktığını ispat yükü hasta üzerindedir. Ancak burada zararın ispatının zorluğu gerçeği göz önünde bulundurularak, hastanın "ilk görünüş

²⁶³ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, Cilt-1, s. 399.

²⁶⁴ Ayan, **a.g.e.**, s. 121.

²⁶⁵ Kıcıoğlu, **a.g.e.**, s. 220, 221; Ayan, **a.g.e.**, s. 109, 110; Belgesay, **a.g.e.**, s. 145.

²⁶⁶ Kılıçoğlu, **Medeni Hukuk**, ss. 314-315.

²⁶⁷ Ayan, **a.g.e.**, s. 121.

²⁶⁸ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, Cilt-1, s. 399.

ispatı” şeklinde; genel hayat tecrübelerine göre iddia edilen zararın meydana gelebilmesi ihtimalini ikna edici bir şekilde ortaya koyması yeterli görülmüştür²⁶⁹.

Maddi zarar, dolayısıyla maddi tazminat belirlenirken meydana gelen parasal kaybın miktarı dikkate alınır. Manevi tazminat belirlenirken ise hastanın, hekimin kusurlu davranışı sebebiyle meydana gelen acı ve elemnin derecesine, söz konusu davranış bakımından kusurunun ağırlığına, konumuz özelinde sırrın ifşasının bir zarar doğurmayacağına dair kanaatini mazur gösterecek herhangi bir nedenin varlığının bulunma durumuna dikkat edilecektir²⁷⁰.

Hekimin tıbbi müdahale sözleşmesine aykırı davranışı ve hastanın zararı belirlendikten sonra sorumluluğun doğabilmesi için söz konusu hekim davranışı ile zarar arasında uygun bir illiyet bağı bulunması gerekmektedir²⁷¹. Bu bağ tespit edilebiliyorsa, hekimin davranışı zarara sebebiyet vermiştir denilebilir.

Sözleşmeden doğan sorumluluğun bir diğer unsuru olarak kusurun varlığı da hekimin söz konusu sözleşmeye aykırı davranıştan sorumlu tutulabilmesi için ayrıca araştırılacaktır²⁷². Nitekim hekimin sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmesi dolayısıyla hukuki sorumluluğunun gündeme gelebilmesi için sırrın açıklanması şeklindeki fiilde kusurlu olması gerekmektedir. TBK’nın 114/1. maddesinde düzenlenen borçların ifa edilmemesinin genel sonuçlarına ilişkin hüküm uyarınca da hekim, teşhis ve tedavi sırasında söz konusu olacak her türlü kusurundan sorumludur. Sorumluluğun doğması açısından bir fark yaratmasa da kusur ağır ya da hafif olabilir, ki bu durum tazminat miktarının belirlenmesinde etkili olacaktır²⁷³.

Sorumluluğun kapsamı belirlenirken hekimlik faaliyetinin nitelikleri ve barındırdığı risk faktörleri dikkate alınacaktır. Bu bakımdan hekimin dikkat ve özen

²⁶⁹ W. Loeffler, Die Haftung des Arztes aus ärztlicher Behandlung, Zürich 1945, s. 36’dan aktaran Ayan, **a.g.e.**, s. 110.

²⁷⁰ Karasu, **a.g.e.**, s. 118.

²⁷¹ Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 25. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020, s. 1179; Kıcalıoğlu, **a.g.e.**, s. 246; Ayan, **a.g.e.**, s. 111.

²⁷² Eren, **Borçlar Hukuku Genel hükümler**, s. 1179; Ayan, **a.g.e.**, s. 100.

²⁷³ Zeytin, **a.g.e.**, s. 81; Ayan, **a.g.e.**, s. 101. Ayan, kusurun kast ve ihmal olmak üzere iki şekilde ortaya çıkabileceğini, ancak hukuki sorumluluk açısından ceza sorumluluğundan farklı olarak kusurun türünün önem taşımadığını, bu durumun ancak tazminatın belirlenmesinde önemli olduğunu ifade etmektedir.

yükümlülüğünü ne ölçüde yerine getirdiği hususunun değerlendirilmesi kusurunun belirlenmesi bakımından oldukça önemli bir kıstas olarak karşımıza çıkmaktadır. Sorumluluğa esas olan dikkat ve özen yükümlülüğü bakımından da o durumdaki ortalama düzeyde bir hekimden beklenecek dikkat ve özen derecesi göz önünde bulundurulur²⁷⁴. Ayrıca kusur incelemesi bakımından ortalama bir hekimden beklenen bu özene dayanan davranış biçiminin değerlendirilmesi olarak özetleyebileceğimiz objektif kusur ile somut olay bakımından sorumlu tutulacak hekime kusur izafe edilebilmesi (hekimin isnat yeteneğine sahip olması) olarak özetlenebilecek subjektif kusur unsurları da kusur başlığı altında hekimin tazminat sorumluluğunun belirlenmesinde önemli olabilecek hususlardır²⁷⁵.

Söz konusu kusurun ispatı hususu da ayrıca incelenmeye geçecek bir mevzu olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim ispat yükü bakımından medeni hukukta genel kural, TMK 6. maddedir ki bu madde hükmüne göre hak iddiasında bulunan herkes hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispat etmekle yükümlüdür. Bu genel kurala göre maddi veya manevi zarara uğradığını iddia eden hastanın bu iddiasını dayandırdığı olguları ispat etmesi yani hekimin kusurlu davranışı ile zarara sebep olduğunu ispat etmesi gerekecekti. Ancak TMK 6. maddede öngörülen istisna hükmü doğrultusunda bir başka kanuni düzenleme olan TBK 112. madde uyarınca sözleşmeden doğan borca aykırılık yahut borcun gereği gibi ifa edilmemesi durumlarında ispat yükü ters çevrilmiştir²⁷⁶. Borcun gereği gibi ifa edilmemesi bağlamında ele alınabilecek olan yan edim borçlarının ifa edilmemesi ya da bu borçlardan doğan yükümlülüklerle aykırı hareket edilmesi durumlarında da yine TBK'nın 112. maddesi uyarınca tazminat talebinde bulunulabilecektir. Nitekim vekalet sözleşmesi bağlamında vekilin yani hekimin sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranarak bir yan edim borcu olarak ele alınan sadakat ve özen borcunun ihlal edilmesi durumunda zarar gören hastanın zararının tazminini bu madde hükmü uyarınca talep etmesi mümkündür²⁷⁷.

²⁷⁴ Kıcılioğlu, **a.g.e.**, s. 190; Ayan, **a.g.e.**, s. 101.

²⁷⁵ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 976.

²⁷⁶ Eren, **Borçlar Hukuku Genel hükümler**, s. 1194, 1195; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, **Cilt-1**, s. 418.

²⁷⁷ Bilgehan Çetiner, Andreas Furrer, Markus Müller-Chen, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Güncellenip Gözden Geçirilmiş 2. Bası, İstanbul, Onikilevha, 2022, s. 654.

Bu bakımdan borçlu yani konumuz özelinde hekim, sözleşmeye aykırılık durumunda herhangi bir kusuru bulunmadığını ispat etmedikçe hekimlik sözleşmesine aykırı bulunan her davranışından hukuken de sorumlu tutulacaktır. Dolayısıyla sözleşmeden doğan sorumluluk hallerinde hastanın yalnızca sözleşmeye aykırılık durumunu ispat etmesi yeterli olacak, TBK 112 uyarınca bu durumda borçlunun yani hekimin kusurunun varlığı karine olarak kabul edilecektir²⁷⁸.

Hekimin sorumluluktan kurtulabilmesi için kusurlu olmadığını ve sözleşmeden doğan yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirdiğini ispat etmesi gerekmektedir²⁷⁹. Bu durumda hekim, genel hükümlere göre sözleşmeye aykırılık ile ilgili kendisine kusur izafe edilemeyeceğini, zararın önlenmesi için gerekli dikkat ve özeni gösterdiğini, olayda mücbir sebeplerin bulunduğunu, kendisinin ayırt etme gücünden yoksun olduğunu yahut söz konusu borcun varlığından haberdar olmadığını ve bu bilgisizliği mazur gösterecek sebeplerin varlığını ispat etmedikçe sorumluluktan kurtulamayacaktır²⁸⁰. Böyle bir durumda hekim, esasen kusuru bulunmasa bile sözleşme hükümlerinin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesi sebebiyle meydana gelen zararı gidermekle yükümlü olacaktır²⁸¹. Bu şekildeki düzenleme ile hekimlik faaliyeti özelinde de tıbbi müdahale sözleşmesine aykırı davranan hekimin kusurunu ispat yükü hastada değil, borçlu olan hekim üzerinde bırakılarak görece daha zayıf konumdaki hasta korunmuştur. Nitekim hekimin sır saklama yükümlülüğünü ihlal ettiği durumlarda da hasta, bu sebeple oluşan zararının tazminini istediğinde hekimin sorumluluktan kurtulabilmesi için sadakat borcuna aykırı davranmakta kusuru olmadığını, hastanın da yalnızca sırlarının ifşa edildiğini ispat etmesi gerekmektedir²⁸².

Hekimin verdiği zarardan sorumluluğuna ilişkin olarak değinilmesi gereken önemli bir nokta da sorumluluğunun kapsamıdır. Hekimlik sözleşmesinin vekalet sözleşmesi şeklindeki niteliği dikkate alındığında, hekimin verdiği her türlü zarardan

²⁷⁸ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 992; Ayan, **a.g.e.**, s. 62; Belgesay, **a.g.e.**, s. 129.

²⁷⁹ Kıcıoğlu, **a.g.e.**, s. 190.

²⁸⁰ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, **Cilt-1**, ss. 421-423; Eren, **Borçlar Hukuku Genel hükümler**, s. 1195; Ayan, **a.g.e.**, s. 62.

²⁸¹ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, **Cilt-1**, ss. 421-423..

²⁸² Karasu, **a.g.e.**, s. 118; Ayan, **a.g.e.**, s. 100; Belgesay, **a.g.e.**, s. 129.

sorumlu olacağı sonucuna ulaşılabilir. Bu bakımdan hekim kusuru hafif olsa bile verdiği zararın tamamından sorumludur ve hükmedilecek tazminat bu bakımdan zararın miktarına göre belirlenmektedir²⁸³. Nitekim Yargıtay, hekimin kusurunun hafif olması sebebiyle tazminat miktarında indirim yapılmasına yönelik ilk derece mahkemesi kararını bozarak hekimin kusur miktarının çok hafif olması durumunda dahi tazminat miktarının bu kusurun miktarına göre değil, zararın tamamına göre belirlenmesi gerektiği bu durumda tazminat miktarından ancak TBK 51. maddedeki koşullar göz önünde bulundurularak indirim yapılabileceği yönünde görüş bildirmiştir²⁸⁴.

2.9.3. Vekaletsiz İş Görmeden Doğan Sorumluluk

Hekimin vekaletsiz iş görme sebebiyle sorumlu tutulabileceğine değinilmişti. Hastanın bilincinin kapalı olması gibi bazı özel durumlarda rıza açıklamasının mümkün olmaması sebebiyle bu sorumluluk türüyle karşılaşılabilir. Bunun yanında özel olarak incelendiğinde, ameliyatın genişletilmesi zorunluluğunun olduğu ve hastanın açık veya örtülü rızasının alınamadığı durumlarda ya da trafik kazası gibi acil müdahaleyi gerektiren durumlarda hekimin sorumluluğu vekalet sözleşmesine değil, sözleşme ilişkisinin kurulması söz konusu olmadıgından vekaletsiz iş görme hükümlerine dayanmaktadır²⁸⁵.

Böyle durumlarda tıbbi müdahale sözleşmesi söz konusu olmadıgından hekimin belirgin şekilde ortaya çıkan bir sadakat ve özen borcundan da bahsedilememektedir. Bu durumda hekimin sır saklama yükümlülüğü altında bulunmadığını düşünmek ise hakkaniyete açıkça aykırı olacaktır. Hekimin hastaya karşı sorumluluğunun vekaletsiz iş görme hükümlerine dayandığı bu gibi durumlarda, sır saklama yükümlülüğü de bu bağlamda ele alınmalıdır. Zira bazı durumlarda hastanın sırrının açıklanması gerekebilir.

²⁸³ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 977.

²⁸⁴ Yargıtay 13. H.D. 2004/6493 E., 2004/15431 K. Sayılı, 26.10.2004 tarihli kararı, (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> 14 Nisan 2022.

²⁸⁵ Demir, **a.g.e.**, s. 248; Ayan, **a.g.e.**, s. 61, 113; Gürkan Sert, **a.g.e.**, s. 131, 132.

Hastanın irade açıklamasında bulunamadığı ve bu sebeple vekaletsiz iş görme hükümlerinin uygulandığı durumlarda hekim, hasta sırlarının saklanması zorunluluğu ile gizliliğin sebep olacağı diğer ağır koşulların önlenmesi yükümlülüğü arasında kalabilir. Böyle bir durumda hastanın önceden açıklanmış bir rızası olup olmadığına bakılmalıdır. Hekim, hastanın aksi yöndeki bağlayıcı iradesine aykırı olarak hareket etmiş ve tıbbi müdahaleyi gerçekleştirmiş yahut hastanın sırlarını ifşa etmiş ise verdiği her türlü zarardan sorumlu olacaktır²⁸⁶. Bunun yanında hastanın aksi yönde bağlayıcı bir iradesi mevcut değilse TBK'nın 527/1 hükmü uyarınca hekimin sorumluluğu, zararı önlemek amacıyla ve hasta yararına davrandığı için daha hafifletilmiş olacaktır²⁸⁷. Vekaletsiz iş görme hükümleri uyarınca kural bu şekilde olsa da doktrinde bir görüş, hekimlerin faaliyetlerinin niteliği göz önünde bulundurulduğunda, söz konusu 527/1 hükmü uyarınca sorumluluğun hafifletilmesinin mümkün olmaması gerektiğini ifade etmektedir²⁸⁸.

2.9.4. Haksız Fiil Sorumluluğu

Hekimin hukuki sorumluluğu belirlenirken sözleşme veya vekaletsiz iş görme hükümleri uygulama alanı bulmuyorsa hekimin sorumluluğunun esasını haksız fiil hükümleri oluşturacaktır²⁸⁹. Hekim ile hasta arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmuyorsa ve hekim hukuka aykırı bir davranışı sonucu hastaya zarar veriyor ve hukuka aykırı davranış ile hastanın zararı arasında illiyet bağı da bulunuyorsa haksız fiil hükümlerine göre hukuki uyuşmazlığın çözülmesi beklenir²⁹⁰. Bu haksız fiil, hastanın zararına sebep olacak şekilde sırlarının ifşa edilmesi dolayısıyla kişilik haklarının zedelenmesi şeklinde de olabilir.

Yukarıdaki açıklamadan hareketle haksız fiil sorumluluğunun doğabilmesi için hukuka aykırı bir fiil, bu fiil neticesinde meydana gelmiş diğer bir ifade ile bu fiil ile

²⁸⁶ Kıcıoğlu, **a.g.e.**, s. 183.

²⁸⁷ **A.e.**

²⁸⁸ Ayan, **a.g.e.**, s. 114.

²⁸⁹ **A.e.**, s. 61, 116: Hekimin sözleşmeye aykırılıktan sorumluluğuna ilişkin bölümde değinildiği üzere, hekim ile hasta arasında sözleşme ilişkisinin var olduğu durumlarda da hekimin sözleşmeye aykırı davranışı aynı zamanda haksız fiil de teşkil etmektedir. Bu sebeple zarar gören hasta, haksız fiil veya sözleşmeye aykırılık hükümlerinden herhangi birine başvurarak hekimin sorumluluğunu gündeme getirebilecektir.

²⁹⁰ Aksoy, **a.g.e.**, s. 88; Kıcıoğlu, **a.g.e.**, s. 417; Gürkan Sert, **a.g.e.**, s. 131.

illiyet bağı içerisinde bulunan bir zarar mevcut olmalı ve zarar verenin zarara sebep olmada kusuru bulunmalıdır²⁹¹. Hukuka aykırı davranıştan anlaşılması gereken husus, hastanın kişisel ve malvarlıksal değerlerini koruyan emredici normlara aykırılıktır ki bu da hekim ile hasta arasında sözleşmenin mevcut olduğu durumlardaki sözleşmeye aykırılık hali ile benzerlik göstermektedir²⁹². Hukuka aykırı davranış, kasti veya dikkat veya özen yükümlülüğünün ihmali şeklinde olabilir. Bunun yanında belirtilmelidir ki aranan kasıt, zarar verme kastı değil, haksız bir fiilde bulunma kastıdır²⁹³.

Hekimin haksız fiil sorumluluğu belirlenirken, hukuka aykırı bir fiil, zarar ve bu fiil ile zarar arasında bir illiyet bağı tespit edildikten sonra hekimin sorumluluğunun doğabilmesi için bu hukuka aykırı davranış ile ilgili kusurunun da tespit edilmesi gerekmektedir²⁹⁴. Burada haksız fiil sorumluluğuna ilişkin genel ilkeler ve dolayısıyla kusur sorumluluğu ilkesi geçerlidir²⁹⁵.

Yukarıda da değindiğimiz gibi hekim-hasta arasında bir sözleşme ilişkisi mevcut değilse ve hekimin hastaya müdahalesi vekaletsiz iş görmeden de kaynaklanmıyorsa, sorumluluk açısından haksız fiil hükümleri esas alınacaktır. Haksız fiile ilişkin genel kural gereği, sözleşmeye aykırılık durumundan farklı olarak zarar verenin sorumluluktan kurtulması için kusursuz olduğunu ispatlaması gerektiği kuralı burada geçerli değildir. Buna göre hekimin sorumluluğunun doğabilmesi için TBK'nın 50/1. maddesi uyarınca haksız fiil sorumluluğunda zarar ve kusurun ispatı genel kuralına göre hastanın, kendi zararını ve hekimin bu hususta kusurlu olduğu hususlarını ispat etmesi gerekecektir²⁹⁶. Nitekim haksız fiil sorumluluğunda zarar veren bakımından kusur karinesinin kabul edildiği bazı istisnai durumlar ayrık kalmak üzere kural olarak ispat yükü zarar gören üzerinde bırakılmıştır²⁹⁷.

Ancak hekim-hasta ilişkisi bakımından da istisnai olarak kusur karinesinin kabul edilmesi sebebiyle ispat yükünün hekimin üzerinde olduğu savunulmakta,

²⁹¹ Nomer, **a.g.e.**, s. 167.

²⁹² Demir, **a.g.e.**, s. 249; Ayan, **a.g.e.**, s. 117; Nomer, **a.g.e.**, s. 168.

²⁹³ Kıcıoğlu, **a.g.e.**, ss. 421-422.

²⁹⁴ Aksoy, **a.g.e.**, s. 88.

²⁹⁵ Eren, **Borçlar Hukuku Genel hükümler**, s. 554; Çetiner, Furrer, Müller-Chen, **a.g.e.**, s. 338.

²⁹⁶ Ayan, **a.g.e.**, s. 62; Belgesay, **a.g.e.**, s. 129.

²⁹⁷ Eren, **Borçlar Hukuku Genel hükümler**, s. 654; Ayan, **a.g.e.**, s. 118.

hekimin objektif olarak meslek kuralını ihlal etmesi sebebiyle kural olarak kusurlu olduğu kabul edilmekte ve TBK'nın 112. maddesi uyarınca da sorumluluktan kurtulması için kusursuzluğunu ispat etmesi gerekmektedir²⁹⁸. Bu görüşün dayanağı ise, hekimlik faaliyetinin niteliği gereği insan sağlığı üzerinde oldukça büyük etkiler göstermesidir. Bu bağlamda genel bir yaklaşım olarak tıbbi müdahale sonucu ortaya çıkan tıbbi sorumluluk ve maddi/manevi tazminat davaları gibi uyuşmazlıklarda hekimlik faaliyeti sırasında uyulması gereken tıbbi gereklilikleri, tıp bilgisinden yoksun olduğu için bilmesi beklenemeyecek²⁹⁹ olan ve bu sebeple, bu ilişkinin zayıf tarafını oluşturan hastanın lehine olacak şekilde, ispat yükünün ters çevrilmesi gerektiği kabul edilmektedir³⁰⁰. Dolayısıyla hastanın, hekimin tıbbi faaliyeti ile ilgili bir kusuru olduğunu ispat etmesi mümkün olmadığından haksız fiil sorumluluğuna gidilebilmesi için hastanın yalnızca meslek kurallarına aykırılığı ispat etmesi yeterli olacaktır³⁰¹. Objektif olarak kabul edilmiş meslek kurallarına aykırılık hekimin kusurlu olduğu hususunda bir karine oluşturacak, hekimin bu durumda sorumluluktan kurtulabilmesi için kusursuz olduğunu ispat ederek bu karineyi çürütmesi gerekecektir³⁰². Hekimin sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmesi sebebiyle sorumluluğunun söz konusu olacağı durumlarda da, sözleşmeye aykırılık sebebiyle sorumluluk bahsinde ifade edildiği gibi, hastanın yalnızca sırrının ifşa edilmesi sebebiyle hekimin sadakat yükümlülüğünü ihlal ettiğini ispat etmesi yeterli olacaktır.

Hekimin haksız fiil sorumluluğu belirlenirken ispat yükü borçlar hukukunun genel hükümlerine göre kural olarak hastada ise de serbest çalışan hekimler dışında, hastane personelinin sorumluluğu için TBK'nın 66. maddesi gereği adam çalıştırının

²⁹⁸ Demir, **a.g.e.**, s. 250; Ayan, **a.g.e.**, ss. 105-107; Ayan, hekimin kusurluluğunun bir çeşidi olarak meslek kusurunu ele almış, meslek kusuru durumunda hekimin meslek kurallarına aykırı hareket etmiş olması gerektiğini, buna ek olarak hekimin bu aykırılığa sebep olan davranışının kusurlu olmasının da bir zorunluluk olduğunu ileri sürmüştür. Bunun yanında yine aynı yazara göre, meslek kusuru, hekimin objektif özen yükümlülüğünün ihlali şeklindeki ihmâl davranışı ile benzerlik gösterdiğinden, meslek kusurunun varlığı hekimin kusurlu olduğunu da göstermektedir.

²⁹⁹ Belgesay, **a.g.e.**, s. 129.

³⁰⁰ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 993; Demir, **a.g.e.**, s. 470, 471, 473. Tıbbi sorumluluk hukukunda ispat yükü bakımından ayrıntılı bilgi için bkz. **A.e.**, ss. 470-481.

³⁰¹ Ayan, **a.g.e.**, s. 108.

³⁰² Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 993; Ayan, **a.g.e.**, s. 108. Ayan, hekimin meslek kurallarına aykırı hareket etmesi durumunda meslek kusuru bulunduğundan hareketle, hastanın artık onun kusurunu ispatlaması gerekmeyeceğini, yukarıda ifade edildiği gibi burada sözleşmeye aykırı davranışta bulunan hekimin durumuna benzer şekilde meslek kusurunun varlığının hekimin kusurunun varlığına karine teşkil ettiğini ifade etmektedir.

sorumluluğuna da gidilebilecektir. Bu madde hükmü gereği ispat yükü adam çalıştıran hekim yahut hastane işletmecisinde kalacağından, haksız fiillere ilişkin genel ispat kuralının hekimlik faaliyeti bakımından ve özelde kamu kurumlarında çalışan hekimler bakımından uygulamada önemini yitirdiği belirtilmektedir³⁰³.

Haksız fiile dayanan maddi ve manevi tazminatın belirlenmesi hususlarında ise maddi zararın belirlenmesi bakımından TBK'nın 50. maddesi esas alınırken, manevi sorumluluğun dayanağı olarak bedensel zararların söz konusu olması halinde TBK'nın 56. maddesi, kişilik haklarının zedelenmesi halinde ise TBK'nın 58. maddesi esas alınacaktır³⁰⁴. TBK'nın 54. maddesi uyarınca maddi tazminat miktarı belirlenirken tedavi giderleri, iş gücünün azalmasından yahut tamamen kaybedilmesinden dolayı uğranılan kazanç kayıpları ve ekonomik geleceğin zarara ya da zarar tehlikesine uğratılması sebebiyle oluşan kayıplar dikkate alınır³⁰⁵. Yine belirtmelidir ki manevi tazminat miktarı belirlenirken TBK 56. madde hükmü uyarınca, genel ekonomik koşullar ve tarafların ekonomik ve sosyal durumları, fiilin niteliği, zarar görenin acı ve ıstırabının derecesi ve zarar verenin kusurunun ağırlığı gibi unsurlar göz önünde bulundurulacaktır. Bunun yanında manevi tazminata hükmedilebilmesi için kusurun varlığının zorunlu olmadığı ancak miktarın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacak bir unsur olduğu ifade edilmiştir³⁰⁶.

Manevi tazminat miktarı belirlenirken göz önünde bulundurulacak önemli unsurlardan biri de sonuçta zarar görenin ruhen huzur bulması, tazminatın duyulan acı, elem ve ıstırabı hafifletecek nitelikte olması, diğer taraftan zarar veren bakımından da dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali konusunda caydırıcı değerde olmasıdır³⁰⁷.

2.9.5. Sorumluluğu Etkileyen Nedenler

Hekimin hukuki sorumluluğunu kaldıran nedenler hususunda hekimin sırlama yükümlülüğünün kalktığı hallere ek olarak, genel anlamda hekimin

³⁰³ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 977.

³⁰⁴ Çetiner, Furrer, Müller-Chen, **a.g.e.**, s. 503.

³⁰⁵ **A.e.**, s. 519.

³⁰⁶ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 987; Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 884, 894; Eren, manevi tazminata hükmedilebilmesi için de kusurun zorunlu olduğunu ifade etmektedir.

³⁰⁷ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 986, 987, 988.

sorumluluğunu etkileyen sebepler hastanın ya da üçüncü kişilerin ağır kusuru, hastanın izni ya da rızası, zorunluluk hali, mücbir sebepler ve sorumsuzluk anlaşmaları olarak sayılabilir. Ancak tıbbi müdahale ilişkisinin niteliği gereği, bu hususta yapılacak sorumsuzluk anlaşmaları geçersiz sayılmıştır³⁰⁸. Nitekim sorumsuzluk anlaşması bakımından eski borçlar kanunu döneminde hekimin kendisinin ve yardımcı kişilerin hafif kusurları bakımından sorumsuzluk anlaşması yapması doktrinde genel olarak kabul ediliyor olsa da yeni TBK ile getirilen açık hüküm gereği hekim, mesleğini icra ederken her türlü kusurundan sorumlu olacak, bu hususta kusurun ağırlığı dikkate alınmaksızın sorumsuzluk anlaşmaları geçersiz sayılacaktır³⁰⁹. Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun 115 ve 116. maddeleri uyarınca borçlunun ağır kusurundan doğacak sorumluluğuna ilişkin yapılan sorumsuzluk anlaşmaları ile kanun ya da yetkili makam tarafından verilen izinle yürütülen ve uzmanlık gerektiren bir meslek veya sanatın icrası sırasında edim borçlusunun ve ona yardımcı kişilerin hafif kusurundan sorumsuz olduğuna ilişkin yapılacak anlaşmalar kesin olarak hükümsüz sayılmıştır.

Sorumluluğu etkileyen bir başka neden olarak hastanın ya da hastanın yakını gibi üçüncü kişilerin, hekime gerekli bilgileri aktarmamak gibi kusurları da sayılabilir. Zararın meydana gelmesinde bu kişilerin kusuru da etkili olmuşsa tazminat miktarında indirimle gidilebilir³¹⁰.

Hekim-hasta arasındaki ilişki gerek sözleşmeden gerekse haksız fiil yahut vekaletsiz iş görme hükümlerinden kaynaklansın, her durumda zarara sebep olan kusurlu hekim davranışının hukuka aykırı olması gerekmektedir. Eğer söz konusu olayda yukarıda bahsi geçen hukuka uygunluk sebeplerinden biri mevcutsa hekimin bu davranış sebebiyle sorumluluğundan bahsedilemeyecektir. Dolayısıyla kusurlu fiil, zarar ve illiyet bağı tespit edilen olaylarda, bir hukuka uygunluk sebebi olup olmadığını yani davranışın hukuka aykırı olup olmadığını da araştırmak gerekmektedir. Daha önce de haksız fiil sorumluluğunda bahsettiğimiz gibi hukuka aykırılık unsuru, maddi ve manevi kişisel varlıkları koruma altına alan emredici normlara aykırılık anlamlarına gelmektedir. Bunun yanında sözleşmeye dayanan

³⁰⁸ Kıcıoğlu, **a.g.e.**, ss. 436-442.

³⁰⁹ Ayrıntılı Bilgi için bkz. Demir, **a.g.e.**, ss. 245-247, Ayan, **a.g.e.**, s. 119, 120.

³¹⁰ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 990, 991.

sorumluluk hallerinde ise hukuka aykırılık unsuru sözleşmeye aykırılık olarak vücut bulmaktadır³¹¹.

Haksız fiil sorumluluğunda söz konusu hukuka aykırılık unsurunu bertaraf eden bazı durumlar TBK 63. maddesinde sayılmıştır. Buna göre kanunun verdiği yetki, zarar görenin bu davranışa rızası, daha üstün nitelikte bir özel ya da kamusal yarar, zarar verici davranışta bulunanın haklı savunma durumunda olması, zorunluluk halleri ve zarar verenin hakkını savunmak için yetkili kamu makamlarının zamanında müdahale edemeyecek olması durumlarında zarar verenin bu hakkını kendisi savunması hukuka uygunluk sebeplerini oluşturur³¹². Bu sebeplerden herhangi birinin varlığı halinde yukarıda izah edilen koşullarda zarar veren hekim tazminat sorumluluğundan kurtulmuş olur.

2.9.6. Diğer Sorumluluk Türleri ve Genel Esaslar

Bütün bunlara ek olarak hekimin hukuksal sorumluluğunun dayanakları bakımından genel kabul gören biçimleriyle sözleşme, vekaletsiz iş görme veya haksız fiil dışında sözleşme öncesi sorumluluk (culpa in contrahendo)³¹³ ve istisnai bazı durumlarda kusursuz sorumluluk halleri ve tehlike sorumluluğu türleri de gündeme gelebilecektir³¹⁴. Kusursuz sorumluluk hallerinden hekim için en çok gündeme gelebilecek olan sorumluluk türü de ifa yardımcılarının fiilinden sorumluluktur. Hastanın sırlarını saklamakla yükümlü olan taraf olarak hekimi ele almış olsak da hemşireden, arşiv görevlisine kadar diğer sağlık personeli ile hastanede çalışan diğer personel de sır saklama yükümlülüğü altındadır. Hekimin himayesinde çalışan personel bakımından hekimin de sorumluluğunun doğacağı, bunun yanında hastane veya sağlık kuruluşunun da bu hususta mali açıdan sorumlu olduğu ifade edilmektedir³¹⁵.

Hekim, maiyetinde çalışan diğer sağlık personelinin görevlerini icra ederken hastaya verdikleri zararlardan, ifa yardımcısının kusurundan bağımsız olarak ve

³¹¹ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 975.

³¹² Nomer, **a.g.e.**, ss. 171-178.

³¹³ Ayan, **a.g.e.**, s. 49.

³¹⁴ Demir, **a.g.e.**, s. 213, 214.

³¹⁵ Zeytin, **a.g.e.**, s. 80.

kendisi kusursuz olsa da sorumlu olacaktır³¹⁶. Nitekim TBK 116. maddede de bu sorumluluk türü düzenlenmektedir. Hekimin bu şekilde bir sorumluluğunun doğabilmesi için hekime yardımcı personelin hastaya zarar veren fiilinin, hekimin tıbbi müdahale sözleşmesi ile üstlendiği edim borcu ile ilişkili olması gerekmektedir³¹⁷. Diğer taraftan sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranışları sebebiyle hekimin sorumluluğuna gidilebilmesi için bu kişilerin hekimin emir ve talimatı altında çalışıyor olması, hekimin yetki alanı dâhilinde bu ihlalin gerçekleşmiş olması gerekeceği de açıktır.

Bunun yanında hekimin sır saklama yükümlülüğü bağlamında önem arz eden bir husus da özel muayenehanede çalışan bir hekimin söz konusu olduğu durumlarda, muayenehanenin el değiştirdiği yahut da hekimin hastadan muayene karşılığı doğmuş olan ücret alacağını temlik etmesi durumlarıdır. Burada hekimin sır saklama yükümlülüğü gereği, hastadan ücret alacağı şeklindeki bilgi, hekim-hasta ilişkisi kapsamında kişisel verilerden sayıldığı için hastanın izni olmaksızın yapılan ücret alacağı temliklerinin geçersiz olacağı ifade edilmektedir³¹⁸.

İncelenen sorumluluk türleri bakımından değinilmesi gereken başka bir nokta da bu sorumluluk türlerinden hangisinin somut olay bakımından uygulama alanı bulacağı sorunudur. Bu bakımdan hekimin kusurlu davranışı ile hastanın zararına sebep olması durumunda en çok karşılaşılan sorumluluk türleri olarak hasta bakımından TBK madde 112 uyarınca sözleşmeye aykırılık ile TBK madde 49 uyarınca haksız fiil sorumluluğuna dayanarak zararın tazminini istemek hususunda seçimlik hak söz konusudur³¹⁹. Nitekim hekimlik sözleşmesine aykırılık teşkil eden ve hastanın zararına sebep olan her türlü davranış, aynı zamanda haksız fiil teşkil etmektedir³²⁰. Bu durumda hasta bakımından lehe olacak olan düzenleme esas alınarak tazminat isteminde bulunulması mümkündür³²¹. Nitekim TBK madde 60 uyarınca da

³¹⁶ Ayan, **a.g.e.**, s. 68; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 991; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, **Cilt-1**, s. 431.

³¹⁷ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 991, 992; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, **Cilt-1**, s. 438. Ancak hekimlik sözleşmesinin mevcut olmadığı, yardımcı şahsın haksız fiil çerçevesinde hastaya zarar verici davranışta bulunduğu durumda hekimin kusurlu olmadığını ispat etmesi durumunda sorumluluktan kurtulabileceği ifade edilmiştir: Belgesay, **a.g.e.**, s. 78.

³¹⁸ Büyükkay, **a.g.e.**, s. 394. Benzer bir yaklaşım için bkz. Ayan, **a.g.e.**, s. 100.

³¹⁹ Demir, **a.g.e.**, s. 251, 252; Ayan, **a.g.e.**, s. 62; Nomer, **a.g.e.**, s. 457.

³²⁰ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 974.

³²¹ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, **Cilt-1**, ss. 450-452.

tazminat nedeni bakımından zarar görene en iyi giderim imkânı veren sebebe göre karar verilecektir³²².

Hukuki sorumluluk sebebiyle meydana gelen tazminat alacağı bakımından zamanaşımının başlangıç anı, genel olarak zararın öğrenildiği an kabul edilmektedir³²³. İncelediğimiz çeşitli sorumluk türlerinden hekimin kural olan sorumluluk esası olarak vekalet sözleşmesi söz konusu ise zamanaşımı süresi TBK madde 147/5 hükmü uyarınca beş yıldır. Haksız fiil sorumluluğu bakımından da TBK'nın 72. madde hükmü geçerli olacak, zamanaşımı süresi zararın ve tazminat yükümlüsünün öğrenildiği tarihten itibaren başlayacak, bu tarihten itibaren iki yıl ve her halde kusurlu ve hukuka aykırı hekim davranışının gerçekleştirildiği tarihten itibaren on yıl içinde dolacaktır. Ancak haksız fiil teşkil eden ve zarara sebep olan hekim davranışı aynı zamanda suç teşkil ediyorsa yine TBK'nın 72. maddesi uyarınca ceza kanunlarında öngörülen zamanaşımının daha uzun olması halinde bu zamanaşımı hükmü dava zamanaşımı bakımından da esas alınır.

Önemli bir nokta olarak belirtilmelidir ki zamanaşımı bakımından ceza zamanaşımı dikkate alınsa da TBK 74. madde uyarınca hukuk hakimi, zarar ve kusurun belirlenmesi hususunda ceza hakiminin görüş ve değerlendirmeleri ile bağlı değildir. Ceza hakiminin, hekim hakkında vereceği beraat kararı da hukuk hakimini bağlamazken zarara sebebiyet veren fiil sebebiyle hekimin kesinleşmiş ceza mahkumiyeti söz konusu ise hukuk hakimi bu hükmün yukarıda sayılanlar dışında dava konusu olayın ve maddi olguların tespitine ilişkin değerlendirmesi ve özellikle fiilin hekim tarafından gerçekleştirildiği yönündeki kısmı ile bağlıdır³²⁴. Bunun yanında hekimin sorumluluğu vekaletsiz iş görme hükümlerine dayanıyorsa bu

³²² Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 975.

³²³ Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 1429.

³²⁴ Bkz. Yargıtay HGK 2011/17-50 E. 2011/231 K. sayılı 27.04.2011 tarihli; HGK 2013/1008 E. 2014/490 K. sayılı, 09.04.2014 tarihli kararları, (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> 23 Eylül 2022; Hakeri, **a.g.e.**, s. 1005, 1006; Kemal Oğuzman, Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler- Cilt-2**, 16. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2021, ss. 86-88; Ahmet Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş-Genişletilmiş 25. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2021, s. 595, 596, 599: Oğuzman/Öz ve Kılıçoğlu'na göre, ceza hakiminin beraat kararının hukuk hakimini bağlamaması için verilen kararın delil yetersizliğine dayanması gerekmektedir; Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, ss. 934-936.

durumda TBK 146. maddede öngörülen on yıllık genel zamanaşımı süresi uygulanacaktır.

Bu başlık altında hekimin sır saklama yükümlülüğünü ihlali sebebiyle disiplin sorumluluğuna da değinecek olursak, hekime bu durumda Türk Tabipler Birliği Disiplin Yönetmeliğinin 5. maddesinin c bendi uyarınca *geçici olarak meslekten alıkoyma cezası* verilecektir³²⁵. Hukuki, idari, cezai ve disiplin sorumluluk türleri dikkate alındığında hekimlerin tıbbi kusurları sebebiyle hürriyeti bağlayıcı cezaya çarptırılmalarından ziyade daha çok maddi ya da manevi tazminat yükümlülüğü altına girmeleri söz konusu olmaktadır. Uygulamada en fazla karşılaşılan ve bu sebeple daha etkili görülen sorumluluk türünün, hukuki sorumluluk dolayısıyla tazminat sorumluluğu olduğu kabul edilmektedir³²⁶. Bunun yanında hastanın tıbbi müdahale sırasında zarar görmesi nedeniyle idari sorumluluk da gündeme gelebilecekse de çalışma konumuz bakımından hekimin sorumluluğu ve özelde de serbest çalışan hekimlerin sorumluluğu bağlamında inceleme yapıldığından idari sorumluluk ve bu sebeple hasta lehine doğacak tazminat hakkı hususu araştırma dışı bırakılmıştır³²⁷.

³²⁵ Hekimin mesleki sorumluluğu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Aslanova, **a.g.e.**, s. 97, 98.

³²⁶ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 973.

³²⁷ Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **A.e.**, s. 1007 vd.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM:

SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜ İHLAL EDEN HEKİMİN CEZA SORUMLULUĞU

3.1. Genel Olarak

Hekimler de herkes gibi özel hayatlarında ya da mesleklerini icra ederken işledikleri suçlardan dolayı sorumludur ve bu fiillerinin karşılığında ceza kanunlarında yer alan suçlara ilişkin yaptırımlarla karşı karşıya kalabilmektedir. Hekimin hastanın sırrını açıklaması dolayısıyla sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmesi durumunda bu fiili, yukarıdaki bölümlerde değinilen çeşitli mevzuat hükümlerinin ihlali yanında ceza hukuku anlamında da suç teşkil etmektedir.

Bu bakımdan ilk akla gelen suç tipi, Türk Ceza Kanunu'nun 134. maddesinde düzenlenen *Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu* olsa da hekimin sır saklama yükümlülüğünü ihlali durumunda cezai sorumluluğunun esası belirlenirken sıklıkla başvuru kanun hükmü, 134. madde değildir. Buna karşılık özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun hekimin cezai sorumluluğu bakımından uygulamada kendine yer edindiğini savunan bir görüş de mevcuttur¹. Bu görüşün savunucuları, kişilerin hayat alanlarının ortak yaşam alanları, özel yaşam alanları ve sır alanları olarak incelenmesi ve her üç alan bakımından da o alan içinde kişilerin gözlerden uzak tutmak istedikleri kısımların, özel hayatın gizliliği hakkı kapsamında korunmaya alınması gerektiği² yaklaşımından hareket etmektedirler. Dolayısıyla hekim-hasta ilişkisinde bu ilişkinin niteliği genel olarak özel hayat alanına dahil olmasa da özel hayat alanının niteliklerine uyum sağlayan bazı özel alanlar da söz konusu olabilecektir. Bunun yanında hasta, bazı durumları özellikle gizli tutmak isteyebilir. Örneğin hastanın muayene için kıyafet

¹ Bkz. Hasan Tahsin Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk*, Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara, Seçkin, 2017, ss. 796-797; Yahya Deryal, *Sağlık Hukuku Problemleri*, b.y. yok, Seçkin, 2012, s. 188.

² Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Güncellenmiş 19. Baskı, Ankara, Seçkin, 2021, ss. 719-720.

değiştirdiği veya duş aldığı mekanların izlenmesi gibi durumlarda özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun oluşacağı ifade edilmektedir³. Bu şekilde bedensel mahremiyetin ihlali durumlarının yanında, hastanın sağlığına ilişkin bilgilerin ve sağlık raporlarının da bazı durumlarda kişisel veri sayılmadığı, bu gibi hallerde söz konusu bilgilerin bir başkasına verilmesinin özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturacağı belirtilmiştir⁴. Ancak kişisel veriler ile ilgili önceki bölümlerde yaptığımız açıklamalar doğrultusunda, kişisel veri kavramı, oldukça geniş bir kavram olarak ele alınmaktadır. Bu sebeple, hastaya ilişkin bilgiler her durumda kişisel veri sayılacaktır. Kanaatimizce, hastaya ilişkin bilgilerin ifşa edilmesi şeklinde ortaya çıkabilecek olan hekimin sır saklama yükümlülüğünü her türlü ihlali kişisel verilerin ifşası sayılmalıdır.

Hekimin sır saklama yükümlülüğünü incelediğimiz çalışmamızın bu kısmında bu yükümlülüğün ihlalinden doğacak olan ceza sorumluluğuna yer verilecektir. Bütün bu açıklamalar ışığında belirtilmelidir ki çalışma konumuz genel olarak mahremiyet hakkı ile ilgili olsa da daha dar bir alanı ifade eden sır saklama yükümlülüğü özelinde temellendirilmiştir. Bu bakımdan mahremiyet kavramına ve türlerine değindiğimiz bölümden de hatırlanacağı üzere mahremiyet kavramı ve dolayısıyla özel hayatın gizliliğine ilişkin hak, genel itibariyle bedensel mahremiyet ve bilgi mahremiyeti başlıklarını içermektedir. Çalışma konumuz itibariyle ise bedensel mahremiyet araştırma alanı dışında bırakılmış, araştırma daha çok sır saklama yükümlülüğü bağlamında bilgi mahremiyeti üzerinde yoğunlaştırılmıştır. Bu bakımdan genel olarak özel hayatın gizliliğine ilişkin yukarıda ifade ettiğimiz 134. madde hükmü bedensel mahremiyeti de içine alan daha geniş bir düzenleme olarak kabul edilmiş, bu bakımdan sır saklama yükümlülüğü bağlamında sırrı korumanın amacına hizmet eder şekilde öncelikle 136. madde çerçevesinde inceleme yapılmıştır. Buradan hareketle, özellikle hekimin sır saklama yükümlülüğünü ihlali durumunda TCK'nın 134. maddesinde düzenlenen Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu değil, aşağıda açıklanacağı üzere 136.

³ Gökcan, **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk**, s. 796, 797, 798.

⁴ Hamide Zafer, **Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması (TCK 132-134)**, İstanbul, Beta, 2010, s. 193, dn. 64. Bu duruma örnek olarak psikiyatri alanında tedavi gören hastanın hastalığına ilişkin bilgilerin başkasına aktarılması yahut bir kadının rahminin alındığına ilişkin bilginin, operasyondan haberdar olan sağlık personeli tarafından başkasına söylenmesi durumları gösterilmiştir. Gökcan, **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk**, s. 799.

maddede düzenlenen Kişisel Verileri Verme, Yayma ve Ele Geçirme Suçu uygulama alanı bulacaktır.

Daha çok bedensel mahremiyetin yahut bilgi mahremiyeti dışındaki mahremiyet türlerinin ihlal edilmesi halinde gündeme gelebilecek olan 134. madde hükmü ise sır saklama yükümlülüğü bağlamında önem arz ettiği nispette ele alınacaktır. 134. madde aşağıda değinileceği üzere 2. fıkra hükmünde düzenlenen kişilerin özel hayat alanlarına dahil olan ses ve görüntü şeklindeki kişisel veriler söz konusu olduğunda uygulanır. Bunun dışında hakim görüşe göre 136. madde özel norm olarak uygulama alanı bulacaktır⁵. Karşı yönde bir görüşe göre ise 134. madde, 136. madde karşısında tali norm niteliğindedir⁶. Ancak kişisel verilerin verilmesi ya da yayılması suretiyle 136. maddede düzenlenen suçun işlendiği durumda, teşebbüs aşamasında kalmış ve tamamlanmış suç arasındaki ya da kasten yaralama ve öldürme suçları arasındaki ilişkide olduğu gibi önce 134. maddenin, daha sonra ise 136. maddenin ihlal edildiği şeklinde bir değerlendirme yapılamayacağından, burada asli norm-tali norm değil özel norm-genel norm ilişkisinin mevcut olduğu kabul edilmelidir⁷. Bu hususa içtima bahsinde ayrıca değinilecektir.

Bu açıklamalara ek olarak, hekim-hasta ilişkisinin hukuki niteliği bölümünde değindiğimiz hekimlik sözleşmesini bir tüketici işlemi yahut tüketici sözleşmesi olarak kabul eden görüşün uzantısı olarak hekimin bu muamele sırasında öğrendiği sırları ifşa etmesi durumunda, TCK'nın 239. maddesinde düzenlenen *Ticari veya Müşteri Sırrının Açıklanması Suçunun* oluşacağı da düşünülebilir⁸. Ancak hekimlik sözleşmesinin hukuki niteliği bağlamında yaptığımız açıklama ve incelemeler doğrultusunda bu görüşün de isabetsiz olduğu görülmektedir. Zira bu madde

⁵ Rezzan İtişgen, “Türk Ceza Hukukunda Kişisel Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme veya Ele Geçirme Suçu”, **TAAD**, S. 23, Yıl: 6, Ekim 2015, ss. 179-202, s. 198; Mahmut Koca, İlhan Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 14. Baskı, Ankara, Seçkin, 2021, s. 552; Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 12. Baskı, Ankara, Seçkin, 2021, s. 579.

⁶ Rahime Erbaş, **Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğü**, İstanbul, Onikilevha, 2015, s. 35.

⁷ Muhammed Demirel, **Sözlü Konuşma**, 8 Ağustos 2022; Muhammed Demirel, “Karar Analizi Tehlike Suçları - Zarar Suçları Arasındaki İlişkinin İçtima Kuralları Kapsamında Değerlendirilmesi”, **İÜHFM**, C. 71, S. 1, ss. 1479-1488, s. 1481.

⁸ Zafer Zeytin, “Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü”, **Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi**, C. 14, S. 2, 2006, ss: 77-82, s. 79.

hükmünde ifade edilen sır kavramı, TCK madde 136’da düzenlenen kişisel veriler kavramının yanında oldukça dar kapsamlı kalmaktadır⁹. Nitekim sırrın niteliğine ilişkin karşılaştırma şeklinde yaptığımız incelemeyi içeren ikinci bölümde, ticari sırrın ya da müşteri sırrının hekimlik faaliyeti açısından söz konusu olacak sır kavramından oldukça farklı olduğuna değinildiği hatırlanacaktır.

Hekimin sır saklama yükümlülüğünün ihlali sebebiyle ceza sorumluluğuna dayanak olarak değerlendirilebilecek bir başka hüküm de TCK madde 258 hükmüdür. Bu maddede düzenlenen *Göreve İlişkin Sırrın Açıklanması Suçunun* hekimin sır saklama yükümlülüğü bakımından da düşünülmesi mümkündür. Ancak doktrinde mevcut bir görüşe göre bu madde metninde düzenlenen sır kavramı gizli bilgi ve belgeler gibi özel durumları temsil etmekte, hekimin hastaya dair vakıf olduğu bilgiler bu kapsamda sayılmamaktadır¹⁰. Ancak sınırlı da olsa hastaya ilişkin belge şeklindeki sırlardan bazılarının bu madde kapsamında incelenebilmesi mümkündür. Bu hususa içtima bahsinde yer verilecektir.

Hekimin sır saklama yükümlülüğünü açısından söz konusu bilgilerin kişisel veri niteliği taşıdığı kabulünden hareketle kişisel verilerin ifşa edilmesi ile ilgili suç düzenlemeleri gündeme gelecektir. Bu yükümlülüğün ihlali bakımından önceki bölümde yer verdiğimiz meslek sırrı ilkesi doğrultusunda 765 sayılı Ceza Kanunu’nda *Sırrın Masuniyeti Aleyhinde Cürümler* başlığı altında özel olarak “*Meslek Sırrının Açıklanması Suçu*” şeklinde 198. maddede¹¹ düzenlenmişti. Ancak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda meslek sırrının ifşasına yönelik bu şekilde genel bir suç düzenlemesi yer almamış, söz konusu düzenleme yerine 239. maddede *Ticari Sır, Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrı Niteliğindeki Bilgi veya Belgelerin Açıklanması Suçu* düzenlenmiştir. Hekimin sır saklama yükümlülüğü 765 sayılı Kanun bakımından meslek sırrının ifşa edilmesi bağlamında değerlendirilebilirse de 5237 sayılı Kanun’da bu suçun yerine ihdas edilen 239. madde, yukarıdaki açıklamalar da dikkate

⁹ Hakan Hakeri, **Tıp Hukuku**, Güncellenmiş 18. Baskı, Ankara, Seçkin, 2020, s. 1245.

¹⁰ A.e., s. 1244, 1245.

¹¹ **765 sayılı Ceza Kanunu, Madde 198:**

“Bir kimse resmi mevki veya sıfatı veya meslek ve sanatı icabı olarak ifşasında zarar melhuz olan bir sırı vakıfolup ta meşru bir sebebe müstenit olmaksızın o sırrı ifşa ederse üç aya kadar hapis ve elli liraya kadar ağır cezayı nakdiye mahkûm olur.” Çevrimiçi <https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/kanunlar/turk-ceza-kanunu-765> 27 Kasım 2022.

alındığında, yalnızca ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı ile ilgili olduğundan hekimin sır saklama yükümlülüğü bakımından uygulama alanı bulamayacaktır. Bu sebeple 5237 sayılı Kanun bakımından hekimin sır saklama yükümlülüğüne dayanak oluşturan ceza normu “*Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme ya da Ele Geçirme*” başlığı altında düzenlenen 136. madde olarak kabul edilebilir. Bunun yanında genel olarak meslek sahibi olmak ile ilişkilendirilebilecek olan sır saklama yükümlülüğü bakımından 137. maddede bu durum, 136. maddenin nitelikli hali olarak öngörülmüştür:

Verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme

Madde 136- (1) Kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) (Ek:17/10/2019-7188/17 md.) Suçun konusunun, Ceza Muhakemesi Kanununun 236 ncı maddesinin beşinci ve altıncı fıkraları uyarınca kayda alınan beyan ve görüntüler olması durumunda verilecek ceza bir kat artırılır.

Çalışmamızın bu kısmında TCK 136. maddede düzenlenen bu suç tipi, failin hekim olduğu ve mesleğini icra etmesi sebebiyle söz konusu tipik fiili gerçekleştirdiği durumlar bakımından incelenecektir.

3.2. Hekimin Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme, Yayma ve Ele Geçirme Suçu Bakımından Sorumluluğu

3.2.1. Genel Olarak

Gelişen teknoloji ile kişisel verilerin dolaşımının artması, bu durumun hukuka uygun yollarının yanında hukuka aykırı yollarının da önünü açmış, bu sebeple Türk pozitif hukuku açısından da bu durumun önüne geçilmesi amacıyla hukuka aykırı yoldan bu verilerin ifşası TCK’nın 136. maddesi ile suç sayılmıştır¹². Bu suçun unsurları açısından yapılacak araştırmalarda ve hükümlerin yorumlanmasında yukarıda bahsi geçen Kişisel Verilerin Korunması Kanunu hükümlerinden yararlanılacaktır¹³. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, kişisel verilerin işlenmesine yönelik genel kaideleri ortaya koymakta, verilerin işlenme amacına uygun, bu amaçla

¹² İbrahim Korkmaz, **Kişisel Verilerin Ceza Hukuku Kapsamında Koruması**, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, Seçkin, 2019, ss. 442-443.

¹³ Mahmut Koca; İlhan Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 7. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2020, s. 554, 555, 574, 575.

sınırlı ve ölçülü olarak işlenmesi gerektiğini ifade etmektedir¹⁴. Bunun yanında veri sahibinin kişisel verilerin işleme tabi tutulması ile ilgili aydınlatılmasını öngörmekte, bu yükümlülüğe aykırı davranıldığı takdirde bunun para cezasını gerektiren bir kabahat fiili oluşturacağını da belirtmektedir¹⁵. Yine ilgili kanunda verilerin güvenliği ile ilgili veri sorumlularına düşen yükümlülükler kaleme alınmış, bu yükümlülüklerle aykırı davranışlar için de idari para cezası öngörülmüştür¹⁶.

Bu düzenlemelere ek olarak çalışma konumuzu oluşturan TCK'nın 136. maddesi de kişisel verileri korumak şeklindeki bu anlayışa hizmet etmektedir. Bu maddede düzenlenen suç, son zamanlarda oldukça önemli hale gelen kişisel verilerin korunması bakımından etkin bir rol oynamaktadır. Zira ceza hukuku, uyumsuzlukların çözümü için hürriyeti bağlayıcı cezalara varan yaptırımlar öngördüğünden suç düzenlemelerine konu hukuki değerler açısından oldukça güçlü bir koruma görevi üstlenmektedir¹⁷. Bu suç düzenlemesi ile kişisel verilerin sahibinin rızası hilafına ifşa edilmesinin önüne geçme amacı güdülmektedir.

Belirtildiği üzere hekimin sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmesi dolayısıyla hastanın kişisel verilerini çeşitli şekillerde ifşa etmesi durumunda da TCK'nın 136. maddesinde sayılan suçun sübut bulması söz konusu olacaktır. Bu bölümde söz konusu suç, failin hekim olduğu durumlar bakımından suç inceleme yöntemine göre incelenecektir. Bu bakımdan ilk olarak suçun maddi unsurlarından suçun konusu, fail, mağdur, hareket gibi hususlar ile suçun manevi unsurunu oluşturan kast ve taksir durumu, ayrıca hukuka aykırılık unsuru suç inceleme yöntemine göre incelenecektir. Bundan önce bu suç düzenlemesi ile korunmak istenen hukuki değere değinmek gerekir.

¹⁴ Bkz. 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun madde 4, (Çevrimiçi) <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.6698.pdf> 1 Haziran 2022.

¹⁵ Bkz. 6698 sayılı Kanun madde 10, 18/1-a, (Çevrimiçi) <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.6698.pdf> 1 Haziran 2022.

¹⁶ Bkz. 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun madde 12, 18/1-b, (Çevrimiçi) <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.6698.pdf> 1 Haziran 2022.

¹⁷ İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 17. Bası, Ankara, Seçkin, 2021, s. 52.

3.2.2. Suçla Korunan Hukuki Değer

Özel hayatın gizliliğinin korunmasına hizmet eden TCK madde 136'daki suç düzenlemesi, özel hayat alanına dahil olan kişisel verilerin korunması bakımından etkin bir rol üstlenmektedir. Bu bakımdan bu verilerin ifşasının özel hayatın gizliliği hakkının ihlali anlamına geleceği ve bu suç düzenlemesi ile bu hakka yönelecek ihlallerin engellenmesinin amaçlandığı belirtilebilecektir. Nitekim bu suç düzenlemesi ile kişisel verilerin ve özel hayat alanının, yalnızca devlet ve kamu kurumlarının müdahalesine karşı değil, diğer özel kişilerin müdahale ve ihlallerine karşı da korunması amaçlanmıştır¹⁸.

TCK 136. maddede ihdas edilen suç ile korunan hukuki değer bakımından ise doktrinde çeşitli görüşler vardır. Bu suçla korunan hukuki değer, bir görüşe göre kişisel verilerin korunması ya da korunmasını isteme hakkı iken¹⁹ diğer bir görüşe göre ise kişinin özel hayatı ve özel hayatın gizliliğinin korunmasına yönelik hakkıdır²⁰. Başka bazı yazarlar da, kişisel verilerin korunması ile kişilerin maddi ve manevi varlıklarının geliştirilmesi amaçlandığından, bu suçlar ile genel olarak kişilik haklarının koruma altına alındığını savunmaktadır²¹.

¹⁸ Ali Parlar, **Türk Ceza Kanunu Şerhi- TCK 135-345**, 2. Cilt, Ankara, Bilge Yayınevi, 2015, s. 1554.

¹⁹ Zeki Hafızoğulları, Muharrem Özen, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler-Kişilere Karşı Suçlar**, Tıpkı Basım 6. Baskı, Ankara, US-A Yayıncılık, 2017, s. 281, 290; Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 16. Baskı, Ankara, Seçkin, 2021, s. 590; Korkmaz, **a.g.e.**, 2019, s. 446; Handan Yokuş Sevük, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2020, s. 488, 495; Eşref Barış Börekçi, **Kişisel Verileri Verme, Yayma Veya Ele Geçirme Suçu (TCK M. 136)**, İstanbul, Onikilevha, 2020, s. 65; Şeyma Sert, **Kişisel Verilerin Türk Ceza Kanunu Kapsamında Korunması**, Ankara, Seçkin, 2019, s. 136.

²⁰ Veysel Gültaş, **Özel Hayata Karşı Suçlar**, Ankara, Bilge Yayınevi, 2016, s. 222; Özbek, Doğan, Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 590; Hasan Tahsin Gökcan, Mustafa Artuç, **Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi- Cilt 3: Madde 86-140**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2021, s. 4911; Suat Çalışkan, **Özel Hayata Ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar**, İstanbul, Platon Hukuk Yayınevi, 2020, s. 69, 79; Veli Özer Özbek, **Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı- TCK İzmir Şerhi- Cilt 2**, Ankara, Seçkin, 2008, s. 960; Ali Parlar, Yekta Çobanoğlu, **Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar**, İstanbul, Aristo Yayınevi, 2018, s. 326.

²¹ Zafer, **Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması (TCK 132-134)**, s. 184; İtişgen, **a.g.e.**, s. 181-182; Nizamettin Aydın, "Tıp Ceza Hukukunda Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme ve Ele Geçirme Suçu (TCK m. 136).", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 21, S. 2, 2013, ss. 7-30, s. 15. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2017/829 E. 2017/363 K. 04.07.2017 tarihli kararında bu suçla, yalnızca kişilere ait gizli nitelikteki kişisel verilerin korunma altına alınmadığını, kişilere ait her türlü kişisel verinin korunmasının amaçlandığını, dolayısıyla korunan hukuki değer, sırlar değil genel olarak veri sahibi gerçek kişilerin kişilik hakları olduğu

Suçla korunan hukuki değerin özel olarak kişisel verilerin korunması hakkı olduğu şeklindeki yaklaşımın taraftarları arasında, burada korunan hukuki değerin yalnızca kişisel verilerin korunması hakkı olduğunu ifade eden bir görüş mevcuttur²². Bu görüşe taraftar olan yazar düşüncesini kişisel verilerin korunmasının son yıllarda oldukça önemli hale gelmesine, bu alanda çeşitli düzenlemeler yapılmasına ve bu sebeplerle artık kendine özgü bir hukuk disiplini niteliği kazanmaya başlamasına dayandırmaktadır. Ancak suçun maddi-hukuki konuları ayrımı ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda kişisel verilerin korunması hakkının özel hayatın gizliliğine ilişkin madde hükmü içerisinde düzenlenmiş olması hususları göz önünde bulundurulduğunda, kanaatimizce de TCK madde 135 ve devamında düzenlenen bu suçlar ile korunmak istenen hukuki değerin kişisel verilerin korunması hakkı özelinde özel hayatın gizliliğinin korunması olduğu anlaşılabacaktır²³.

Bu kısımda önceki bölümlerde yapmış olduğumuz açıklamalardan, sır saklama yükümlülüğünün hekim-hasta arasındaki güven ilişkisine hizmet ettiği ve tıbbi yardıma başvurma oranını artıracak ve bunu kolaylaştıracak hususları hatırlanmalı, dolayısıyla bireylerin yaşam ve sağlık hakkını korumaya hizmet ettiği hususu yeniden vurgulanmalıdır. Bu doğrultuda, bu suç tipiyle korunan hukuki değerin, hekimin sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmesi durumu özelinde, bireylerin sağlık hakkı ve bunun sonucunda da genel olarak toplumun sağlığı olduğu savunulmaktadır²⁴. Bu görüş ve yaklaşımlardan hareketle, hekimin sır saklama yükümlülüğünün ihlali bakımından hastanın özel hayatının gizliliği ve mahremiyeti ile kişisel verilerinin korunması hakkının ve dolaylı olarak da bireylerin ve toplumun sağlık hakkının bu suç düzenlemesiyle koruma altına alındığı ifade edilebilir.

görüşünü vurgulamıştır. (Çevrimiçi)
<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> 9 Haziran 2022.

²² Börekçi, a.g.e., s. 65.

²³ Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 556, 575; Özbek, Doğan, Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 591; Melike Köse Aysun, **Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu (TCK 135)**, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, Seçkin, 2021, ss. 116-117.

²⁴ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 1218; Handan Yokuş Sevik, "Tıp Ceza Hukukunda Kişisel Verilerin Açıklanması", **V. Türk - Alman Tıp Hukuku Sempozyumu**, "Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları", Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2008, ss. 782-811, s. 794.

3.2.3. Suçun Temel Unsurları

3.2.3.1. Maddi Unsurlar

3.2.3.1.1. Suçun Konusu

Suçun konusu suça vücut veren, kanuni tipe uygun fiilin üzerinde gerçekleştirildiği veya fiilin yöneldiği şey olarak ifade edilebilir²⁵. Suçun konusu somut bir nesne olabileceği gibi kişiye ait birtakım manevi değerler de olabilir²⁶.

Bu suçun konusu kişisel verilerdir²⁷. Hekimler özelinde bu suç bakımından konu, kamu ya da özel kurum ve kuruluşlar tarafından çeşitli vasıtalar kullanılarak muhafaza edilen ve veri sahibinin özel veya aile hayatına dahil olan kişisel verileri olarak da ifade edilmektedir²⁸.

765 sayılı kanunda meslek sırrının ifşasına ilişkin suçun konusu “sır” olarak adlandırılmakta ise de 5237 sayılı yeni TCK’da bunun yerine 136. maddede “kişisel veriler” kavramı kullanılmıştır. Bu bakımdan ikinci bölümde kişisel veriler ve sır kavramına ilişkin yapmış olduğumuz açıklamalar burada da geçerlidir. Özellikle kişisel veri ve sır kavramları arasındaki farka değindiğimiz bölüme burada atıf yapmakla yetinmekteyiz. Kişisel verilere ilişkin suç düzenlemeleri bağlamında kastedilen kişisel veriler belirli veya belirlenebilir gerçek kişilere ait olan ve bu kişilerin geleceğini belirleme hakkına sahip olduğu verilerdir²⁹. Madde metninde suçun konusunun sır olarak değil de kişisel veri olarak ifade edilmesi, suç düzenlemesi ile korunmak istenen özel hayat alanına ait verilerin sırdan daha geniş kapsamlı

²⁵ Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, ss. 117-118; Zeki Hafizoğulları, Muharem Özen, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Tıpkı Basım 13. Baskı, Ankara, U S-A Yayıncılık, 2021, s. 209; Özbek, Doğan, Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 214; Hakan Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 24. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2021, s. 119.

²⁶ Özgenç, **a.g.e.**, s. 220; Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Emin Alşahin, Kerim Çakır, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 13. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019, s. 378.

²⁷ Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 575; Gültaş, **a.g.e.**, s. 224; Korkmaz, **a.g.e.**, s. 460; Sevik, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 496; Özbek, **a.g.e.**, s. 949; Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s. 4932; Çalışkan, **a.g.e.**, s. 79; Şeyma Sert, **a.g.e.**, s. 142; Nizamettin Aydın, **a.g.e.**, s. 15.

²⁸ Parlar, **a.g.e.**, s. 1554.

²⁹ Sinem Göçmen Uyarer, **Kişisel Verilerin Korunması**, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, Seçkin, 2020, s. 194.

olduğunu göstermektedir. Nitekim burada korunan hukuki değerin sırlar değil, kişilik hakları olduğu ifade edilmektedir³⁰.

Kişisel veri kavramı özellikle KVKK ile tanımlanmadan önce, kavramın belirsiz bir anlam ihtiva etmesi sebebiyle özellikle ceza hukuku anlamında belirlilik ilkesine aykırı olduğu, bunun yanında suç konusu kişisel verilerin kanuni bir tanımı bulunmaması sebebiyle de kanunilik ilkesine aykırı olduğu ifade edilmekteydi³¹. Ancak yapılan kanuni tanımlama ile bu karmaşıklık büyük ölçüde giderilmiştir. Yine de bu kişisel veri kavramının, sınırları kesin olarak belirlenemeyen çok geniş bir ifade olduğu, bu sebeple TCK'nın 136. maddesindeki düzenlemenin bu açıdan kanunilik ilkesine aykırı olduğu akla gelebilir. Ancak ceza kanunun kazuistik şekilde düzenlenmesi ve suçun her unsurunu tam olarak tanımlaması mümkün değildir. Bunun yanında kıyasa varmayacak düzeyde yorum, ceza hukuku açısından serbesttir. Bu sebeplerle yoruma açık, değerlendirmeye konu olabilecek hususların madde metninde yer almasının belirlilik ilkesine dolayısıyla kanunilik ilkesine aykırılık teşkil etmeyeceği kabul edilmektedir³².

Nitekim kişisel verilere ilişkin kanuni düzenlemeden önce de 1981 tarihli ve 108 sayılı Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Kişilerin Korunmasına Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi kişisel veriyi tanımlamıştı. Bu doğrultuda bazı yazarlara ve Anayasa Mahkemesi'nin bu husustaki tutumuna göre, sürekli değişen ve gelişen teknoloji ve toplum yapısı karşısında kişisel verilerin sayma şeklinde yahut çok keskin sınırlarla belirlenmesinin mümkün olmayacağı gerçeği karşısında, kişisel verinin kapsamı kanuni düzenlemeden önce de yorum yoluyla

³⁰ Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, s. 695, 696; Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s. 4931.

³¹ Ersan Şen, "5237 Sayılı TCK'da Özel Hayata Karşı Suçlar", **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 79, S. 3 2005, S. 717-718; Korkmaz, **a.g.e.**, s. 387: bu yazarlar tarafından kişisel verinin kapsamının belirsizliği karşısında bu durumun olumsuz sonuçlara yol açmaması bakımından TCK 135. maddenin yürürlük tarihinin Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun çıkarılması tarihine kadar ertelenmesi daha uygun bulunmuştur.

³² Bkz. 5237 sayılı TCK madde 2/3; Özbek, Doğan, Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 576; Özgenç, **a.g.e.**, ss. 132-133; Özbek, Doğan, Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, ss. 68-69; Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, ss. 67-68; Doğan Soyaslan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Güncellenmiş 9. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020, s. 136; Nur Centel, Hamide Zafer, Özlem Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş Onbirinci Bası, İstanbul, Beta, 2020, s. 95; Kayıhan İçel, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Yenilenmiş 6. Bası, İstanbul, Beta, 2021, s. 112.

belirlenebilir olduğundan, TCK'nın 136. maddesinde düzenlenen suç, kişisel veri kavramı bakımından belirlilik ilkesine ve dolayısıyla kanunilik ilkesine aykırı sayılmayacaktır³³.

Dikkate değer bir mesele de suç, kanunda *Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar* başlıklı bölümde yer almakta, dolayısıyla özel hayat alanını koruma altına almayı amaçlamaktadır. Bu itibarla, bu suça konu olacak kişisel veriler, herkesçe bilinmeyen, veri sahibi tarafından bilinmesi istenmeyen ve veri sahibi veya yetkili kişilerce açıklanmadığı takdirde aleniyet kazanamayacak olan bilgilerden oluşmaktadır³⁴. Buradan da anlaşılacağı gibi herkesçe bilinen, aleniyet kazanmış hususların bu suçla koruma altına alınmış kişisel verilerin kapsamına girmeyeceği açıktır³⁵.

TCK 136. maddenin kenar başlığı “*verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme*” şeklinde ifade edilmiş olmasına rağmen madde metninde suç fiilinin konusu “*kişisel veriler*” olarak düzenlenmiştir. Esasında kanun yapım tekniği açısından hatalı ve içerik anlamında çelişkili bir düzenleme ortaya çıkmıştır. Doktrinde söz konusu hatanın kanunilik ilkesine de aykırılık teşkil ettiği ifade edilmektedir³⁶. Yukarıdaki tanımda belirtildiği gibi *kişisel veri* yalnızca belirli bir gerçek kişiye ait verileri ifade ederken, *veri* kavramı kişisel verileri de içine alan bunun yanında tüzel kişilere ait ve bunun dışında da her türlü veriyi kapsayan oldukça geniş bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır³⁷. Suçun konusunun, kanunun 135. madde gerekçesinden ve 136. madde ile korunmak istenen hukuki değerden yola çıkılarak kişisel veriler olarak belirlenmek istendiği açıktır. Bu bakımdan madde kenar başlığının da *kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme* olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Buna rağmen kanun maddeleri bakımından madde

³³ AYM 2015/32 E. 2015/102 K. 12.11.2015 tarihli kararı, p. 10, 13, 14. (Çevrimiçi) <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2015/102?EsasNo=2015%2F32&KararNo=2015%2F102> 07 Haziran 2022; Emine Gülnihal Şener, “Kişisel Verilerin Hukuka Aykırı Olarak Kaydedilmesi Suçu”, *Adalet Dergisi*, S. 39, Ocak 2011, ss. 72-86, s. 74, 75; Şeyma Sert, *a.g.e.*, 143.

³⁴ Özbek, Doğan, Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 579.

³⁵ Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında Kişisel Verilerin Korunması*, Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara, Seçkin, 2021, s. 173; Sevik, “*Tıp Ceza Hukukunda Kişisel Verilerin Açıklanması*”, s. 796, 797.

³⁶ Korkmaz, *a.g.e.*, s. 462.

³⁷ Ali Karagülmez, *Bilişim Suçları ve Soruşturma-Kovuşturma Evreleri*, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Ankara, Seçkin, 2014, s. 450; Korkmaz, *a.g.e.*, ss. 442.

başlık ve gerekçesinin madde metnine dahil olmadığı, bunların bir yorum aracı olarak öngörüldüğü, dolayısıyla madde metni gibi bağlayıcılığının bulunmadığı hususu göz önünde bulundurulduğunda bu eleştirinin pratik bir önemi kalmamaktadır³⁸.

Kişisel veri kavramına ilişkin açıklamalar dikkate alındığında, suçun konusunu oluşturan kişisel verilerin geniş kapsamlı olarak ele alınmasının mümkün olmayıp yalnızca kişilerin, başkalarının öğrenmesini istemeyecekleri ya da gizli tutmak isteyecekleri kişisel veriler olarak sınırlandırmak gerektiği de ifade edilmektedir³⁹. Ancak bu görüşün aksine yukarıdaki tanımlamalardan da hareketle, gerçek kişilerle ilgili her türlü veri kişisel veri sayıldığından, bu verilerin hepsinin suçun konusu olabileceğini, ancak bu durumun suç fiili ile ilgili hukuka aykırılık durumu bağlamında değerlendirmeye alınması gerektiğini ifade eden bir görüş de bulunmaktadır⁴⁰. Bu haklı eleştiri karşısında artık suçun konusunu oluşturan kişisel verilerin sınırlandırılması şeklindeki sorun da ortadan kalkmaktadır. Bu görüş kabul edildiğinde, benzer bir düzenleme olan 135. maddenin gerekçesinde de kişisel verinin geniş olarak tanımlandığı göz önünde bulundurulduğunda, kişisel veriler ile temas eden veya suç dolayısıyla yargılama yapan makamlara, sır olan ya da olmayan kişisel verilerin ayrımını yapmak şeklinde, hukuksal dayanağı bulunmayan bir yükümlülük yüklemek zorunluluğu da ortadan kalkmış olacaktır. Bu durumda yine önceki bölümlerde ifade ettiğimiz sır kavramı ve kapsamı dikkate alınacaksa da sır kapsamına girmeyen kişisel veriler genel olarak veri sahibinin rızası sebebiyle herkesçe bilinen hususlar olduğundan, bu durumun hukuka aykırılık bahsinde değerlendirilmesi gerektiği yaklaşımı da yerinde olacaktır.

Bunun yanında 765 sayılı eski kanundaki hekimin sır saklama yükümlülüğüne dayanak olan 198. madde hükmü ile 5237 sayılı yeni kanunun ilgili düzenlemesi arasındaki bir fark olarak, söz konusu kişisel verilerin meslek dolayısıyla elde edilip

³⁸ Bkz. TBMM Adalet Komisyonu'nun 03.08.2004 tarihli 1/593 Esas Numaralı raporunda madde gerekçesi ve başlığının metnin ayrılmaz parçası olduğu, bu hususun yorum konusunda önem arz ettiği belirtilmiştir. Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 67; Özgenç, **a.g.e.**, s. 132.

³⁹ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 1221.

⁴⁰ Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, ss. 559-560; Köse Aysun, **a.g.e.**, s. 125. Aynı doğrultudaki Yargıtay kararı için bkz. 12. CD. 2014/9544 E. 2015/46 K. sayılı 12.01.2015 tarihli karar, (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> 23 Eylül 2022.

edilmemesi noktasına burada değinmekte fayda vardır. Eski kanun düzenlemesi meslek dolayısıyla vakıf olunan sırdan bahsetmekte iken yeni kanunda suçun oluşumu için böyle bir şart aranmamaktadır⁴¹. Ancak yine hekimin sır saklama yükümlülüğünden bahsedildiği için hekimin söz konusu sırrı özel bir kişi olarak değil, hekim olarak dolayısıyla mesleği ile ilgili olarak edinmiş olması gerekir.

Yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda sır saklama yükümlülüğü bakımından sır kavramının dolayısıyla kişisel verilerin geniş yorumlanması ihtiyacı karşısında, hekim, suç veya suç belirtisi ile karşılaşmadığı durumlarda bildirme yükümlülüğü altında olmayacağı ifade edilmektedir⁴². Bu bakımdan örneğin, kolluk kuvvetlerinin taleplerine rağmen hastanın hastanede tedavi gördüğü yahut kimlerle geldiği şeklindeki bilgiler bile gizli tutulması gereken bilgiler olarak kabul edilecektir⁴³. Doktrinde suçun konusunu oluşturan kişisel verilerin kapsamı ile ilgili bu şekilde bir belirleme yapılmışsa da bildirim yükümlülüğü ile ilgili aşağıda ele alacağımız hukuka uygunluk sebepleri ayırık tutulmalıdır.

3.2.3.1.2. Hareket

Kanunun lafzı itibarıyla söz konusu suç verme, yayma ve ele geçirme şeklindeki hareketler ile gerçekleşebilecektir. Ancak maddede belirtilen bu hareketlerin düzenleniş sırasında bir mantık hatası bulunmaktadır. Bir kişisel verinin verilmesi ya da yayılmasından söz edebilmek için öncelikle ele geçirilmesi gerektiğinden, maddedeki hareketlerin, “*ele geçiren, veren veya yayan*” şeklinde sıralanması gerekirdi⁴⁴.

Bunun yanında yine maddenin kenar başlığında yalnızca verme ve ele geçirme hareketleri zikredilmişse de madde metninde yayma hareketine de ayrıca yer verilmiştir. Bu durumun verme hareketinin yaymayı da içine aldığı düşüncesi sebebiyle kenar başlığında ayrıca zikredilme ihtiyacı hissedilmemesi, ancak madde metninde boşluk bırakmamak adına yayma hareketinin de eklenmesi gibi bir

⁴¹ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 1227.

⁴² Deryal, **a.g.e.**, s. 180.

⁴³ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 1224.

⁴⁴ Erdener Yurtcan, **Yargıtay Kararları Işığında Özel Hayata Karşı Suçlar**, Güncellenmiş 2. Bası, Ankara, Seçkin, 2020, s. 351; Gültaş, **a.g.e.**, s. 222.

düşünceden hareketle ortaya çıktığı ifade edilmektedir⁴⁵. Fakat yine de kanun yapım tekniği açısından özensiz görünen bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu bakımdan maddenin kenar başlığında yayma hareketine de yer verilmesi daha uygun bir düzenleme şekli olurdu⁴⁶.

Bunun yanında KVKK'nın 8. maddesinde düzenlenen kişisel verilerin aktarılması şeklindeki fiilin, TCK 136. maddede düzenlenen hareketleri kapsamakta olduğu belirtilmektedir⁴⁷. Fiilin kişisel veri içeren bilgi ve belgeleri hekimlik faaliyeti özelinde yetkisiz kişilere aktarması, teati etmesi, açıklaması ya da ulaştırması *verme* hareketini; bu bilgi ve belgeleri verme hareketinden daha geniş kapsamlı olarak birden fazla kişinin öğrenebileceği şekilde açıklaması ya da açığa çıkarması ise *yayma* hareketini oluşturmaktadır⁴⁸. Bu itibarla vermenin yayma düzeyine ulaşmayan ve daha dar kapsamlı bir ifşayı ifade ettiği belirtilebilecektir⁴⁹. Bu açıklama ya da bilgi aktarımının gizliliği bozacak şekilde tek bir kişiye yapılması dahi yeterlidir⁵⁰.

Verilerin duyu organları vasıtası ile ya da dijital yahut başka türlü bir materyal ile örneğin bir internet sitesi ya da mail yoluyla bir başkasına aktarılması durumunda verme hareketi, bir sosyal paylaşım sitesine yüklenmesi durumunda ise yayma hareketi oluşacaktır⁵¹. Bunun yanında kişisel veriyi alan kişinin cezalandırılmadığı, yalnızca veren veya yayan kişi bakımından bir ceza öngörüldüğü hususu göz önünde bulundurulduğunda, her iki kişi bakımından da fiilin haksızlık içeriği ile ilgili bir değerlendirme yapılacak, alan kişi bakımından hareketin, ele geçirme şeklinde, adeta bir *veri hırsızlığı* olmaması halinde cezalandırılmaması gerektiği sonucuna ulaşılabilecektir⁵².

⁴⁵ Özbek, Doğan, Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 592.

⁴⁶ Şeyma Sert, **a.g.e.**, s. 136.

⁴⁷ Korkmaz, **a.g.e.**, s. 446; Börekçi, **a.g.e.**, s. 83, 85.

⁴⁸ Özbek, Doğan, Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 591; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 1228; Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 577, 578, 579; Gültaş, **a.g.e.**, s. 222; Yurtcan, **a.g.e.**, s. 351; Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, ss. 4933-4934; Sevik, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 497.

⁴⁹ Korkmaz, **a.g.e.**, s. 448; Sert, **a.g.e.**, ss. 138-139.

⁵⁰ Nizamettin Aydın, **a.g.e.**, s. 20.

⁵¹ Korkmaz, **a.g.e.**, s. 449.

⁵² Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, ss. 578-579.

Sayılan bu hareketlerden hekimin sır saklama yükümlülüğünün ihlali bakımından incelemeye değer olanlar ise *verme* ve *yayma* hareketleridir. Zira hekimin sır saklama yükümlülüğünden bahsedildiğinde hekime hukuka uygun şekilde, usulüne uygun olarak verilmiş bir sır, kendisine güvenilerek aktarılmış bir kişisel veri söz konusudur. Bu bakımdan hekimin sır saklama yükümlülüğü, hali hazırda vakıf olduğu bir kişisel verinin yahut sırrın ifşa edilmemesi yükümlülüğüdür. Dolayısıyla dar anlamda hekimin sır saklama yükümlülüğü bakımından TCK 136. maddede sayılan hareketlerden önemli olanlar, verme yahut yayma hareketleridir.

765 sayılı kanundaki benzer düzenleme ile 5237 sayılı kanunun 136. maddesindeki düzenlemelerin karşılaştırılması yapıldığında, 765 sayılı kanunda suç tanımındaki hareket unsuru için yalnızca ifşa tanımlaması yapılırken, yeni kanunun ‘*verme, yayma ve ele geçirme*’ şeklinde üç farklı hareketten bahsettiği görülecektir. Bunun gibi kanunda bazen birbirinden bağımsız ve birbirine alternatif ancak aynı konuyu bir zarara ya da zarar tehlikesine uğratacağı öngörülen birden çok tipik hareket düzenlenmektedir. *Seçimlik hareketli suçlar* olarak adlandırılan bu suçlar söz konusu olduğunda, bu hareketlerden herhangi birinin ya da birkaçının birlikte yapılması durumunda tek suç oluşmaktadır⁵³. Bunun yanında mevcut düzenleme açısından suçun bağlı hareketli bir suç vasfı da taşıdığı, zira suçun ancak madde metninde sayılan hareketlerden biri ile işlenebileceği de belirtilmektedir⁵⁴.

Yine yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda, madde metninde öngörülen seçimlik hareketlerden bir ya da birkaçının birlikte işlenmesi bakımından bir fark yoktur⁵⁵. Örneğin, hukuka aykırı olarak ele geçirilen bilginin ayrıca verilmesi ya da yayılması durumunda yine tek suç oluşacak, bu durum TCK madde 61 gereği hakim

⁵³ İçel, **a.g.e.**, s. 284; Özbek, Doğan, Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 225; Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 124; Özgenç, **a.g.e.**, s. 185, 186; Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, ss. 267-268; Artuk, v.d., **a.g.e.**, s. 319; Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 576; Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s. 4933; Sevik, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 497; Börekçi, **a.g.e.**, ss. 77-78.

⁵⁴ Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 123; İçel, **a.g.e.**, s. 285; Özbek, Doğan, Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, ss. 227-228; Özgenç, **a.g.e.**, ss. 184-185; Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s. 267; Yılmaz, **a.g.e.**, s. 172; Börekçi, **a.g.e.**, s. 78.

⁵⁵ Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 124; İçel, **a.g.e.**, s. 284.

tarafından temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınacaktır⁵⁶. Burada verme ya da yayma şeklindeki hareketin cezalandırılmayan sonraki hareket olduğunu, zira seçimlik hareketli suçlarda tek bir hareketin yapılması ile de suç oluşacağını, bu sebeple ilk hareketin cezalandırılması gerektiğini savunan yazarlar bulunmaktadır⁵⁷. Karşı yöndeki görüşe göre ise özellikle bu suç açısından, kişisel verileri yayma ve verme hareketlerinin gerçekleştirilmesi için öncelikle ele geçirilmesi gerektiği dolayısıyla verme ve yayma hareketlerinin zaten ele geçirmeyi de içerdiği ifade edilmektedir⁵⁸. Bu ikinci görüşe göre, verme ve yaymanın söz konusu olduğu durumlarda, ele geçirmeden ziyade bu hareketlerin cezalandırılması gerekmektedir. Doktrinde ele geçirme hareketi ile diğer iki hareketin ilişkisini inceleyen bir görüş, gelişen yapay zeka teknolojilerinin, kişisel verilerin failin eline geçmeden de verilmesi ve yayılmasını mümkün hale getirdiğine dikkat çekmektedir⁵⁹. Bu durum da göz önünde bulundurulduğunda ele geçirme, verme ve yayma hareketlerinin birbirinden bağımsız olarak ele alınması gerekmektedir.

Bunun yanında söz konusu suç için kişisel verilerin öncelikle kaydedilmesi gerektiğini, suçun duyma ya da başka duyu organları vasıtasıyla alelade şekilde öğrenilmesi ve başkalarına anlatılmasının bu suçu oluşturmayacağını, koşulları varsa özel hayatın gizliliğini ihlal suçuna vücut vereceğini ifade eden bir görüş mevcuttur. Bu görüşe göre 136. maddedeki suçun oluşabilmesi için, kişisel verilerin kaydedilerek bir araç vasıtasıyla aktarılması, verilmesi ya da yayılması gerektiğinden, kulaktan kulağa bu verilerin aktarılması durumu 136. maddedeki suçu oluşturmaz. Dolayısıyla bu durumda ancak 133/3 hükmünde düzenlenen kişiler arasındaki aleni olmayan

⁵⁶ Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 576; Hafızoğulları, Özen, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler-Kişilere Karşı Suçlar**, s. 290; Korkmaz, **a.g.e.**, s. 448; Şeyma Sert, **a.g.e.**, ss. 137-138.

⁵⁷ Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s. 268; İçel, **a.g.e.**, s. 284. Cezalandırılmayan sonraki hareketlerin tüketen-tüketilen normlar dahilinde görünüşte içtima kurumlarından biri olduğu şeklindeki inceleme için bkz. Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 553; Özbek, Doğan, Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 580: Özbek/Doğan/Bacaksız, seçimlik hareketli suçları görünüşte içtima türü olan tüketen-tüketilen norm başlığı altında zikretmekle birlikte, seçimlik hareketlerden birkaçının birlikte yapılması durumunda, hareketlerin aynı suçu sonuçlayacağını ve normun gerçekte bir defa ihlal edilmiş olacağını ifade etmektedirler. Ancak yazarlar hangi hareketin cezalandırılmayan hareket olduğu hakkında net bir belirlemede bulunmamıştır.

⁵⁸ Korkmaz, **a.g.e.**, s. 454.

⁵⁹ Börekçi, **a.g.e.**, s. 81, 82.

konuşmaların dinlenerek ifşa edilmesi veya 134/1 hükmünde düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçları oluşmuş sayılacaktır⁶⁰.

Belirtilmelidir ki 136. maddenin gerekçesinde bu suçun “*hukuka uygun olarak kaydedilmiş olsun ya da olmasın*” kişisel veriler hakkında işlenebileceği düzenlenmektedir⁶¹. Buradan hareketle bu suç bakımından kişisel verilerin kaydedilmesi bir ön şart olarak kabul edilmemeli, duyu organlarıyla örneğin duyularak öğrenilen bilgilerin, akılda tutularak, bir araç kullanmaksızın aktarılmasının da bu suçu oluşturacağını kabul edilmelidir⁶². Dolayısıyla kişilere ait bir verinin duyulup, kişilerin aralarında konuşmaları şeklinde alelade biçimde aktarılması da bu suça vücut verecektir⁶³. Görüldüğü gibi yukarıda yer verilen görüş isabetsizdir. Kaydetme fiili, 136. maddedeki suçun oluşumu bakımından bir ön şart olarak görülmemeli, verilerin kişiler arasında herhangi bir araç kullanılmaksızın aktarılmasının da bu suçu oluşturacağı kabul edilmeli, 135 ve 136. maddelerde düzenlenen suçlar bağımsız olarak değerlendirilmelidir⁶⁴. Ancak burada, kanuni düzenleme gereği mesele bu şekilde anlaşılmalı ise de, bu durum günlük hayatta kişiler arasındaki iletişim ve etkileşimin birçok durumda suç olarak kabul edilmesini gerektirir. Nitekim Yargıtay uygulamasında ve doktrinde 136. maddeye konu olacak kişisel verilerin sınırlandırılması amacıyla çeşitli tanımlama ve kıstaslar öne sürülmesi de bu olumsuz

⁶⁰ Özbek, **a.g.e.**, s. 961; Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s. 4934; Özbek, Doğan, Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, ss. 591-592; Çalışkan, **a.g.e.**, s. 79. Ayrıca bu konuda bkz. Yargıtay 12. C.D. 2017/12083 E. 2018/2539 K. sayılı, 07.03.2018 tarihli kararı, (Çevrimiçi), <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> 06 Ağustos 2022.

⁶¹ Bazı yazarlarca bu cümle “*hukuka uygun veya hukuka aykırı olarak kaydedilmiş kişisel veriler*” olarak anlaşılmakta, bu bakımdan bu verilerin kaydedilmiş olması söz konusu suçun oluşumu için şart olarak görülmektedir: Çalışkan, **a.g.e.**, ss. 78-79; Sevük, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 498; Şeyma Sert, **a.g.e.**, ss. 140-141. Ancak kanaatimizce burada kişisel verilerin hem hukuka uygun hem hukuka aykırı, aynı zamanda hem kaydedilmiş hem de kaydedilmemiş olması durumlarının suçun oluşumu bakımından herhangi bir fark yaratmadığı hususu vurgulanmak istenmiştir.

⁶² Bkz. Yargıtay 12. C.D. 2014/607 E. 2014/16665 K. 07.07.2014 tarihli Kararı, (Çevrimiçi), <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> 07 Haziran 2022.

⁶³ Zira bir kişisel verinin herhangi bir sosyal paylaşım sitesi yahut mesajlaşma uygulaması ile başka kişilere ulaştırılması ile kişilerin aralarında konuşması ile bu aktarımın yapılması durumunda ihlal edilen hukuki değerler aynıdır. Bu sebeple her iki durumda da bu suçun oluştuğunu kabul etmek hakkaniyete daha uygun olacaktır: bkz. Börekçi, **a.g.e.**, s. 83, 84.

⁶⁴ Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 576; Doğan Soyaslan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Güncelleştirilmiş 11. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016, ss. 353-354; Görüldüğü üzere, bu hususta Yargıtay içtihatlarında da birlik yoktur. Ancak 136. maddenin gerekçesi dikkate alındığında, kaydetmenin 136. madde bakımından bir ön şart olmadığı ve bu iki suçun birbirinden bağımsız olarak ele alınması gerektiği kabul edilmelidir.

durumun önüne geçilmesi çabasının sonucudur. Doktrinde mevcut bir görüşe göre bu sebeple, 136. madde suç olmaktan çıkarılmalı, ceza hukukunun son çare olması ilkesi gereği kişisel veriler, özel hukuk ve idare hukuku yaptırımları ile korunmalı yahut 136. maddenin kapsamı KVKK kapsamında veri işleme fiilleri ile sınırlı tutulmalıdır⁶⁵.

Doktrinde genel olarak bu suçun icrai hareketle işlenebilen bir suç olduğu ifade edilmiştir⁶⁶. Suçun ihmali hareketle de işlenmesinin mümkün olup olmadığı tartışma konusu olan hususlar arasındadır. Nitekim icrai hareketle işlenebilen suçların aynı zamanda ihmali hareketle işlenip işlenemeyeceği de genel olarak tartışmalıdır. Bu tartışma görünüşte ihmali suç düzenlemesine ilişkin koşulların kanundaki her suç bakımından uygulama alanı bulup bulamayacağı sorusu çerçevesinde şekillenmektedir.

Görünüşte ihmali suç ile ilgili düzenleme TCK'nın 83. maddesinde karşımıza çıkmaktadır. Bu düzenleme ile görünüşte ihmali suçlar bakımından ihmali hareketin icrai harekete eşdeğer olması, bu bakımdan da failin kanundan ya da sözleşmeden doğan bir icrai davranışta bulunma yükümlülüğünün yahut önceden sebep olduğu tehlikeli bir durumun mevcut olması gerektiğinden bahsedilmiştir. Aynı koşullar altında madde 88 ve madde 94/5 hükümleri uyarınca kasten yaralama ve işkence suçlarının da görünüşte ihmali suç şeklinde işlenmeleri mümkündür. Görüldüğü üzere kanunda yalnızca bu üç suç bakımından icrai hareketle işlenebileceği kabul edilen bir suçun ihmali hareketle de işlenebileceği öngörülmüştür. Tartışma, kanunda düzenlenen diğer icrai suçların da ihmal suretiyle işlenebileceğinin kabulü noktasında karşımıza çıkmaktadır. Nitekim bazı yazarlar, fiilin kural olarak icrai olabileceği şeklindeki görüşün aksine, kanunda öngörülmüş suçların genel olarak icrai ya da ihmali hareketle işlenebileceğini, dolayısıyla görünüşte ihmali suç şeklinde de işlenebileceğini savunmaktadır⁶⁷.

⁶⁵ Börekçi, **a.g.e.**, s. 79, 80, 91.

⁶⁶ Korkmaz, **a.g.e.**, s. 456; Hafızoğulları, Özen, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler-Kişilere Karşı Suçlar**, s. 291: Hafızoğulları/Özen'e göre, bu suçun ihmali hareketle işlenebilmesi mümkün değildir.

⁶⁷ İçel, **a.g.e.**, ss. 282-283; Berrin Akbulut, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 8. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2021, ss. 324-326.

Diğer bir görüşe göre ise yukarıda ifade ettiğimiz üzere yalnızca kasten öldürme, kasten yaralama ve işkence suçları bakımından, icrai şekilde işlenebileceği öngörülen bu suçların ihmali hareketle de işlenebileceği düzenlendiğinden mevcut durumda yalnızca bu üç suç bakımından ihmal suretiyle icrai suç hükümleri uygulama alanı bulabilecektir⁶⁸. Bunun dışında diğer suçlar bakımından TCK madde 83'teki hükümlerin uygulanabilmesi, dolayısıyla icrai surette işlenebilen bir suçun ihmali şekilde işlenebileceğinin kabulü kanunilik ilkesine aykırı olacaktır. Bunun yanında madde 83 ve 88 hükümlerinde görünüşte ihmali suçun söz konusu olduğu durumlarda takdiri indirim sebebinin var olduğu kabul edilmiştir. Kanunda sayılan diğer suçların da görünüşte ihmali suç şeklinde işlenebileceği kabul edilirse, diğer suçların ihmal suretiyle işlenmesi indirim sebebi olarak kabul edilemeyecek bu da hakkaniyete aykırı bir duruma yol açacaktır⁶⁹.

Yine yukarıda belirttiğimiz hareketin icrai ve ihmali niteliğine ilişkin çoğunluk görüş takip edildiğinde hareketin kural olarak icrai nitelikte olduğu, ihmali davranışın cezalandırılabilmesi için kanunda açıkça düzenlenmiş olması gerektiği sonucuna ulaşılabilecektir. Bu açıdan tartışmanın son bulması ve uygulamadaki karışıklıkların önüne geçebilmek için Türk hukuku açısından ceza kanununun genel hükümler bölümünde gerçek olmayan ihmali suçlar ile ilgili genel kaideleri esas alan bir düzenleme yapılması gerektiği hususu, neredeyse üzerinde görüş birliği sağlanmış bir öneri olarak karşımıza çıkmaktadır⁷⁰.

⁶⁸ Özgenç, **a.g.e.**, s. 391; Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, ss. 388-390, 397-398; Özgenç ve Koca/Üzülmüş'e göre suçu oluşturan fiil kural olarak icrai hareketli olup ihmali hareket normatif bir kavramdır. Özbek, Doğan, Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 227; Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 144; Hakeri, 2008 yılında Orman Kanunu'nun 105. maddesinde ayrıca bir görünüşte ihmali suç düzenlemesi yapılmış olması karşısında, artık görünüşte ihmali suç hükümlerinin yalnızca kanunda özel olarak düzenlendiği hallerde uygulama alanı bulabileceğini ifade etmektedir; Rahime Erbaş, **Türk Ceza Kanunu'nda Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük**, İstanbul, Onikilevha, 2019, ss. 147-148.

⁶⁹ **A.e.**, s. 149.

⁷⁰ İçel, **a.g.e.**, s. 283; Özbek, Doğan, Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 227; Hans-Heinrich Jescheck, "1989 Türk Ceza Kanunu Öntasarısının Genel Hükümleri Hakkında Karşılaştırmalı Bir İnceleme", **Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler**, çev. Adem Sözüer, Konya, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1998, ss. 11-38, s. 27; Erbaş, **Türk Ceza Kanunu'nda Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük**, s. 148, 150. Nitekim Alman Ceza Kanunu'nun genel hükümler bölümünde suçun ihmal suretiyle icrasına ilişkin genel kaideleri ele alan bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bazı yazarlar ise, genel hükümlerde bu şekilde bir düzenleme yapılmasının yeterli olmadığı, bu durumun belirlilik ilkesine ve dolayısıyla kanunilik ilkesine yine aykırılık teşkil edeceği, bu bakımdan özel hükümlerde ayrı ayrı düzenleme yapılması gerektiği ve

Ayrıca doktrinde görünüşte ihmali suçlarda neticenin meydana gelmesinin bu suçların bir unsuru olduğu⁷¹ ve suçun tamamlanması için tipe uygun neticenin meydana gelmesinin şart olduğu kabulü karşısında sırf hareket suçlarının gerçek olmayan ihmali suç şeklinde işlenmesinin mümkün olmadığı da ifade edilmektedir⁷². Bu görüş doğrultusunda da TCK madde 136'daki suçun ihmali olarak işlenemeyeceğinin kabulü gerekmektedir.

Yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda hekimin sır saklama yükümlülüğünü ihlal ettiği durumlar için de bu durum değerlendirilmelidir. Bu bağlamda en çok karşımıza çıkan örnek, hekimin hastaya ait bilgileri içeren dosya ve evrakı başkalarının görmesi için ya da görebileceği şekilde açıkta bırakmasıdır. Bazı yazarlar, bu durumda suçun ihmali hareketle işlenmiş sayılacağını ifade etmektedir⁷³. Bunun yanında kişisel verinin herkese açık bir mecrada yayılması şeklindeki icrai hareketin, başta veri sahibinin rızası ile gerçekleştirilmesi, daha sonra rızanın ortadan kalkması halinde bu tarihten itibaren söz konusu kişisel verinin erişime kapatılmaması veya kaldırılmamasının yine bu suçun ihmali hareketle işlenmesi anlamına geleceği savunulmaktadır⁷⁴. Bu görüş doğrultusunda bu suç ihmali olarak işlenebilecek, burada

mevcut durumda kanun koyucunun tutumunun desteklenebileceğini ifade etmektedir. Bkz. Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 397; Özgenç, **a.g.e.**, ss.395-396; Artuk, v.d., **a.g.e.**, s. 324.

⁷¹ Hafizoğulları, Özen, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 174.

⁷² Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 399; Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s. 269; Artuk, v.d., **a.g.e.**, s. 322, 327; Aksi yönde bir görüş, sırf hareket suçlarının ve soyut tehlike suçlarının da görünüşte ihmali suç şeklinde işlenebileceğini; zira bu düzenlemenin yalnızca neticeli suçlarda değil, diğer suçlar bakımından da uygulama alanı bulabileceğini, nitekim yerleşmiş bir tanımlama olsa da görünüşte ihmali suçların bir unsuru olarak neticeyi önleme yükümlülüğü kullanımının yerinde olmadığını buna karşılık doğru kullanımın, “*belli bir icrai davranışta bulunma hukuki yükümlülüğü*” şeklinde olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Akbulut, **a.g.e.**, ss. 325-326.

⁷³ Hakeri, **Tıp Hukuku**, ss. 1229-1230.

⁷⁴ Yargıtay 12. C.D. 2017/150 E. 2017/ 6231 K. Sayılı, 13.09.2017, (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> 23 Eylül 2022: kararda söz konusu suçun, verilerin paylaşılması için verilen rıza ortadan kalktıktan sonra paylaşılmaya devam edilmesinin, TCK'nın 136. maddesinde düzenlenen suça vücut vereceği ifade edilmektedir. Ancak katıldığımız görüşe göre, burada rızanın ortadan kalkması ile KVKK 17/2 maddesi uyarınca bu kişisel verilerin silinmemesi yahut anonim hale getirilmemesi sebebiyle TCK'nın 138. maddesinde düzenlenen Kişisel Verileri Yok Etme Suçu da oluştuğundan burada farklı neviden fikri içtima hükümleri uygulanmalıdır. Börekçi, **a.g.e.**, s. 84, ancak yazar burada TCK madde 136 ile KVKK madde 17/2 suçlarının oluştuğunu belirtmiş de KVKK madde 17/2 hükmü TCK madde 138'e gönderme yaptığından burada TCK'nın 136 ile 138. maddeleri arasında fikri içtima hükümlerinin uygulanacağını ifade etmek gerekir. Buna karşılık, yazarlarca karara konu olayda söz konusu suçun ihmali hareketle işlendiği ifade edilmektedir. Korkmaz, **a.g.e.**, ss. 456-457; Nil Melek Gültekin, “Kişisel Verilerin Ceza Hukuku Yönünden Korunması”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), **Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, 2012, s. 164; Şeyma Sert, **a.g.e.**, s. 140.

gerçek olmayan ihmali suçtan bahsedilecektir. Zira ilgili mevzuat hükümleriyle desteklenen bir sır saklama yükümlülüğünün bulunması bakımından hekim, hastayla aralarındaki sözleşme ilişkisinden dolayı garantör sayılacaktır. Hekimin kasıtlı olarak hasta dosyasını veya hastaya ait bilgilerin bulunduğu bir ekranı başkalarının görmesi amacıyla açık bırakması ya da hukuka uygun şekilde paylaşılan verilerin erişime kapatılmaması durumunda suçun oluşacağı kabul edilmelidir. Hekimin bu şekildeki davranışı, dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlal ederek taksirle gerçekleştirmesi durumunda ise suçun taksirli hali düzenlenmediğinden fail olan hekim açısından suç oluşmadığı söylenecektir. Ancak katıldığımız görüşe göre, TCK 136. maddede düzenlenen suç, ihmali hareketle işlenemeyeceğinden, burada yer verilen görüş isabetsizdir. Buna göre, hekimin bu şekilde ihmali hareketle hasta bilgilerini ifşa etmesi durumunda suçun oluşmayacağı kabul edilmelidir.

Suçun süreklilik arz eden bir suç olarak işlenmesinin mümkün olup olmayacağı da ayrıca değerlendirilmelidir. Bu doğrultuda suçun kesintisiz suç vasfı taşıyıp taşımadığı hususuna da değinmekte fayda vardır. Bu suçun genel olarak ani hareketli bir suç olduğunu ve suçun ele geçirme, verme ve yayma hareketleri ile tamamlanacağını kabul eden yazarlar⁷⁵ bulunsada suçun ani suç vasfının yanında kesintisiz suç vasfı da taşıdığı ifade edilmektedir. Nitekim verme şeklindeki hareket söz konusu olduğunda, kişisel verilerin verilmesi ile suç tamamlandığından böyle durumlarda ani suç vasfının öne çıktığı kabul edilebilir. Buna karşılık yayma şeklindeki hareketin kişisel verinin herkesçe görülebilecek bir mecraya kaydedilmesi suretiyle gerçekleştirildiği durumlarda söz konusu kişisel veriler bu çok sayıda kişi nezdinde ifşa edilmeye devam ettiğinden kesintisiz suç vasfının öne çıktığı savunulmaktadır⁷⁶. Yukarıda yer verdiğimiz Yargıtay kararına da konu olan, kişisel verilerin yayma hareketi ile rıza doğrultusunda ifşa edilmesinden sonra rızanın ortadan kalkması şeklindeki olay, hareketin temadi unsuru içerip içermediği hususunda önemlidir. Buna göre yayma hareketi bakımından yukarıda bahsi geçen durum

⁷⁵ İçel, **a.g.e.**, s. 290; Özbek, Doğan, Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, ss. 231-232; Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 126; Özbek, Doğan, Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 592.

⁷⁶ Gültekin, **a.g.e.**, s. 164.

özelinde rızanın ortadan kalkması ve failin ihmali hareketle ifşayı engellememesi halinde kesintisiz suçtan bahsedilebileceği ifade edilmektedir⁷⁷.

765 sayılı kanunun bu suça ilişkin madde metninde “*ifşasında zarar melhuz olan*” bir sırdan bahsetmek suretiyle bu suçu bir somut tehlike suçu olarak öngördüğü açıktır. Ancak 5237 sayılı kanunda böyle bir zarardan ya da zarar tehlikesinden bahsedilmemektedir. Ele geçirme, verme veya yayma hareketlerinin gerçekleştirilmesi ile suç tamamlanmakta, ayrıca bir zarar tehlikesinin meydana gelmesi suçun oluşması için bir şart olarak aranmamaktadır. Bu nedenle bu suç, bir soyut tehlike suçu olarak düzenlenmiştir. Kanun koyucu, bazı suçların koruduğu hukuki değerler bakımından daha etkili bir koruma sağlamak amacıyla, suçun konusu açısından meydana gelecek bir zarar tehlikesini bile cezalandırmaktadır. Soyut tehlike suçları, bazı davranışların suçun konusu açısından tehlikeli olduğu hususunda kanunen bir uyarı mesabesinde dir. Bu doğrultuda 136. maddede düzenlenen suçun soyut tehlike suçu olarak öngörülmesi de kişisel veriler özelinde kişilerin özel hayatlarının gizliliğinin, daha etkin şekilde korunması amacına hizmet etmektedir. Bunun yanında somut tehlike suçlarında suç fiili ile meydana geleceği öngörülen tehlikenin, somut olayda da gerçekten meydana gelmiş olduğu hususunun ayrıca araştırılıp tespiti gerekmekte iken, soyut tehlike suçlarında zarara neden olacağı öngörülen tipik fiilin gerçekleştirilmesi ile tehlikenin ortaya çıktığı kabul edilmekte, ayrıca tehlikenin somut olarak gerçekleşmesi bakımından bir araştırma yapılmasına gerek görülmemektedir. 5237 sayılı kanunda düzenlenen bu suç açısından hareketten bağımsız şekilde ortaya çıkacak bir netice aranmadığından, 765 sayılı kanunun aksine suça vücut veren hareket ile netice arasında mevcut bir nedensellik bağının araştırılması şeklinde bir zorunluluk da bulunmamaktadır. Zira bu suç aşağıda açıklanacağı üzere hem sırf hareket suçu hem de soyut tehlike suçudur⁷⁸.

⁷⁷ Korkmaz, **a.g.e.**, s. 458.

⁷⁸ İçel, **a.g.e.**, ss. 287-288, 292-293; Hafızoğulları, Özen, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, ss. 204-206; Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, ss. 270-272: Centel/Zafer/Çakmut’a göre; somut tehlike suçunda konuya, soyut tehlike suçunda ise korunan hukuki değere zarar verme tehlikesi cezalandırılmaktadır. Bunun yanında soyut tehlike suçlarının ceza hukukunun genel kaidelerine uygun olmadığı, tehlikenin var olmadığı hallerde cezalandırmanın yerinde olmadığı ifade edilmektedir; Özbek, Doğan, Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, ss. 229-231; Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, ss. 119-121, 555; Özbek, Doğan, Bacaksız, **Türk**

TCK 136. maddede düzenlenen suç ile kişisel verilerle ilgili 135 ve 138. maddedeki diğer suçlar sırf hareket suçu olarak öngörülmüş⁷⁹, kanuni tanımda neticeye yer verilmemiştir. Bu itibarla suçun oluşumu için fiilin gerçekleştirilmesi ile suç tamamlanmış sayılacaktır, zira suçun tamamlanması için verme, yayma ya da ele geçirme yeterli görülmüştür⁸⁰. Kanuni tanımlamada ayrıca bir neticenin gerçekleşmesi yahut kişisel veri sahibi mağdurun herhangi bir zarara uğraması şartı aranmamıştır⁸¹.

Hekimin sır saklama yükümlülüğü açısından önceki bölümlerde yer verdiğimiz örnek ve durumlar da bu başlık altında hareket ile ilgili yaptığımız açıklamalar kapsamında ele alınmalıdır. Bu bağlamda hekimin hasta ile ilgili vakıf olduğu kişisel verileri ilgisiz kişi veya kişilere aktarması anlamına gelen fiilleri bu suça vücut verecektir⁸². Burada dikkat edilmesi gereken nokta ise belirttiğimiz üzere genel olarak kişisel veri kavramı sır kavramından daha geniş kapsamlı olup bu itibarla TCK madde 136 hükmünün koruma alanı, hekimin sır saklama yükümlülüğünün koruma alanından daha geniştir. Buna göre, önceki bölümlerde incelediğimiz sır saklama yükümlülüğü kapsamına girmese bile hekimin hastanın kişisel verilerini TCK madde 136 kapsamında ifşa etmesi durumunda ceza sorumluluğu doğması mümkündür.

3.2.3.1.3. Fail

5237 sayılı Kanun'da söz konusu suç bir özgü suç olarak düzenlenmemiş iken, 765 sayılı Kanun'daki sözü edilen düzenleme meslek, sanat gibi faaliyetler sebebiyle elde edilmiş sırrın, ancak özel bir yükümlülük altında bulunan ve belli faillik özelliklerini taşıyan kişiler tarafından ifşasından bahsettiğinden, bir özgü suç düzenlemesi olarak ele alınmıştır⁸³. Yürürlükteki 5237 sayılı Kanun uyarınca Türk

Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 592; Korkmaz, **a.g.e.**, s. 458; Yılmaz, **a.g.e.**, s. 172; İtişgen, **a.g.e.**, s. 187; Şeyma Sert, **a.g.e.**, s. 141; Börekçi, **a.g.e.**, s. 88.

⁷⁹ Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 555, 582; Özbek, Doğan, Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 592; Özgenç, **a.g.e.**, s. 191; Artuk, v.d., **a.g.e.**, s. 334; Yılmaz, **a.g.e.**, s. 183; Şeyma Sert, **a.g.e.**, s. 141.

⁸⁰ Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 129.

⁸¹ Gültaş, **a.g.e.**, s. 226.

⁸² Sevük, "Tıp Ceza Hukukunda Kişisel Verilerin Açıklanması", s. 799; Nizamettin Aydın, **a.g.e.**, s. 20.

⁸³ **A.e.**, s. 1227.

hukuku bakımından TCK 136. maddede düzenlenen bu suç, hali hazırda özel faillik vasfı aranmayan, herkes tarafından işlenebilecek bir suçtur⁸⁴.

Suçun temel şekli açısından incelendiğinde herkesçe işlenebilecek bir suç olarak kabul edilse bile, bu suç bakımından nitelikli halin düzenlendiği 137. madde göz önüne alındığında, kamu görevlisinin ve meslek veya sanat sahibi kişinin bu durumun sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle suçu işlemeleri durumunda cezanın artırılacağı hususu gündeme gelmektedir. Bu bakımdan TCK 136. maddede düzenlenen suç tipinin, 137. madde ile birlikte değerlendirildiğinde, basit hali herkes tarafından işlenebilen bir suç iken nitelikli hali özel faillik vasfını taşıyanlar tarafından işlenebildiğinden *görünüşte özgü suç* olduğunu söylemek mümkündür⁸⁵. Çalışmamız bakımından da fail 137. maddede sayılan özel faillik vasıflarını taşıyan bir kimsedir⁸⁶. Bu suçun görünüşte özgü suç olması iştirak bakımından önem arz etmektedir ki bu hususa iştirak bahsinde yeniden değinilecektir. Yine suça vücut veren verme ve yayma şeklindeki hareketlerin, söz konusu kişisel verileri elinde bulunduranlar tarafından işlenebileceği hususu da göz önünde bulundurulduğunda, verme ve yayma hareketleri açısından da failin özellik arz ettiği söylenebilecektir⁸⁷.

Bu itibarla tıp hukuku bakımından fail başta hekimler, hemşireler, diş hekimleri, veterinerler, eczacılar, hasta bakıcılar ve teknik işlerle ilgilenen personel olmak üzere tıbbi destek ve tedavi sürecine doğrudan ve dolaylı olarak katkıda bulunan ve bu sebeple kişisel sağlık verileri de dahil genel olarak kişisel verilere erişebilen herkeştir⁸⁸. Bu kişiler hastanın sırrını saklama yükümlülüğü altında bulunduğundan, bu yükümlülüğün ihlali durumunda TCK 136. maddede düzenlenen suçun faili olabilecektir⁸⁹. Hekimin sır saklama yükümlülüğü bakımından failin bu şekilde geniş

⁸⁴ Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 575; Özbek, Doğan, Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 591; Gültaş, **a.g.e.**, s. 225; Parlar, **a.g.e.**, s. 1555; Korkmaz, **a.g.e.**, s. 458; Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s. 4931; Parlar, Çobanoğlu, **a.g.e.**, s. 328; Çalışkan, **a.g.e.**, s. 80; Özbek, **a.g.e.**, s. 960.

⁸⁵ İçel, **a.g.e.**, ss. 307-308; Özbek, Doğan, Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 213; Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 114, 115; Özgenç, **a.g.e.**, ss. 212-213; Artuk, v.d., **a.g.e.**, ss. 361-363; Şeyma Sert, **a.g.e.**, s. 141; Börekçi, **a.g.e.**, s. 68.

⁸⁶ Sevik, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 495.

⁸⁷ Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s. 4933; Hafizoğulları, Özen, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler-Kişilere Karşı Suçlar**, s. 290; Sert, **a.g.e.**, s. 138.

⁸⁸ Yılmaz, **a.g.e.**, s. 163, 164, 165, 178.

⁸⁹ Nizamettin Aydın, **a.g.e.**, s. 19.

bir yelpazede incelenmesinin gerekçesi olarak doktrinde, sır saklama yükümlülüğü ile korunmak istenen hukuki değerin, aksi takdirde gerektiği gibi korunamayacak olması gösterilmiştir⁹⁰.

3.2.3.1.4. Mağdur

TCK madde 136’da düzenlenen suçun mağduru suçtan doğrudan doğruya zarar gören, suçun konusunu oluşturan kişisel verilerin ilgili olduğu kimse yani her gerçek kişi olabileceken⁹¹ çalışmamızın konusu bakımından mağdur, teşhis veya tedavi amacıyla hekime başvuran ve kişisel verileri bu vasıta ile ifşa edilen kişi veya hastadır⁹². Ayrıca hekimin bu sıfatı ve tıbbi müdahale ilişkisi dolayısıyla hastanın yakınları ve diğer üçüncü kişiler ile ilgili öğrendiği bilgiler de saklamakla yükümlü olduğu kişisel veriler arasında bulunduğundan, bu suçun mağduru hastanın yakınları veya hekimlik faaliyeti dolayısıyla hekimin kişisel verilerine vakıf olduğu herkes olabilecektir. Hastanın sırlarının ifşa edilmesi durumunda, bu sebeple zararı doğan yakınlarının veya üçüncü kişilerin, bunun yanında ölen hastanın kişisel verilerinin bu suç kapsamında ifşa edilmesi durumunda ise ölenin yakınlarının suçtan zarar gören olduğu söylenebilecektir.

Konusunu kişisel verilerin oluşturduğu bu suçların mağduru yalnızca gerçek kişiler olabileceğinden, tüzel kişiler bu suç bakımından da ancak suçtan zarar gören olabilirler⁹³. Tüzel kişilere ait verilerin ifşa edilmesi durumunda bu suç oluşmayacaktır⁹⁴.

⁹⁰ Yusuf Büyükkay, “Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü”, AÜEHFD, C. VIII, S. 1-2, 2004, ss. 393-396, s. 387.

⁹¹ Özbek, Doğan, Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 591; Gültaş, a.g.e., s. 225; Korkmaz, a.g.e., s. 460; Parlar, a.g.e., s. 1555; Gökcan, Artuç, a.g.e., s. 4931; Özbek, a.g.e., s. 960; Çalışkan, a.g.e., s. 80; Sevük, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 496; Şeyma Sert, a.g.e., s. 141; Börekçi, a.g.e., ss. 73-74.

⁹² Nizamettin Aydın, a.g.e., s. 19.

⁹³ Hafızoğulları, Özen, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler-Kişilere Karşı Suçlar**, s. 290; Korkmaz, a.g.e., s. 460; Koca, Üzülmaz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 117; Özgenç, a.g.e., s. 224; Artuk, v.d., a.g.e., s. 374; Börekçi, a.g.e., s. 75.

⁹⁴ Koca, Üzülmaz, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 575.

3.2.4. Manevi Unsur

Kast, TCK'nın 21.maddesinin ifadesi ile bir suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir⁹⁵. Bu açıdan failin söz konusu suç bakımından, bu bölümde saydığımız suçun maddi unsurlarını bilmesi ve istemesi kastının varlığı açısından şarttır. Ayrıca doktrindeki bir görüşe göre bu suçun oluşumu için özel hukuka aykırılık bilincinin varlığı arandığından, failin suç tanımında sayılan hareketleri yalnızca doğrudan kastla işleyebileceği savunulmaktadır⁹⁶. Ancak çoğunluğu oluşturan görüşe göre, kasten işlenebileceği öngörülen bir suçun kural olarak olası kastla da işlenebilmesi mümkün olduğundan bu suç bakımından da failin olası kastla hareket edebileceği kabul edilmektedir⁹⁷. Bunun yanında suçun unsuru haline gelecek bir saik belirtilmediğinden özel kast aranmaz⁹⁸. Bu sebeple bu suç, genel kastla işlendiğinde cezalandırılacak bir suçtur⁹⁹.

Suçun taksirli şeklinin cezalandırılması kanuni düzenlemede öngörülmediğinden fiilin taksirle işlenmesi halinde suç oluşmayacaktır¹⁰⁰. Bu hususta doktrinde hekimin, hasta dosyasını masanın üzerinde açık vaziyette unutarak dikkat

⁹⁵ Özbek, Doğan, Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 256; Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 155; Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s. 368; Artuk, v.d., **a.g.e.**, s. 394.

⁹⁶ Özgenç, **a.g.e.**, s. 311; Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 555, 580; Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s. 4936; Gültaş, **a.g.e.**, s. 225; Korkmaz, **a.g.e.**, s. 463; Şeyma Sert, **a.g.e.**, s. 144.

⁹⁷ Genel olarak “bilerek” gibi doğrudan kasta işaret eden veya özel olarak bir amaç ve saike yer verilmeyen suçların olası kastla da işlenebileceği kabul edilmektedir: Özbek, Doğan, Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 276; Özbek, Doğan, Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 594; Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s. 376; Artuk, v.d., **a.g.e.**, s. 410; Sevik, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 498; Buna karşılık bazı yazarlar, olası kastın istisnai bir durum olduğunu savunmakta, genel olarak bütün suçlar bakımından uygulanabilir şekilde benimsenmesini ve kanunda bu şekilde düzenlenmesini yerinde bulmamaktadır: İçel, **a.g.e.**, s. 450.

⁹⁸ Börekçi, **a.g.e.**, s. 92.

⁹⁹ Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 580; Parlar, **a.g.e.**, s. 1555; Korkmaz, **a.g.e.**, s. 462; Parlar, Çobanoğlu, **Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar**, s. 329.

¹⁰⁰ Taksirin tam bir tanımı yapılmamakla birlikte genel olarak dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak suçun kanuni tanımında yer alan unsurların öngörülemez olarak gerçekleştirilmesi olarak açıklanabilir. TCK madde 22/1 hükmü uyarınca taksir istisnai bir sorumluluk durumu olup yalnızca kanunda suçun taksirli halinin cezalandırılmasının açıkça düzenlendiği durumlarda cezalandırılacaktır. Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 188, 190; Özgenç, **a.g.e.**, s. 257; Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s. 382; İçel, **a.g.e.**, s. 456; Hafızoğulları, Özen, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 265; Hafızoğulları, Özen, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 480; Özbek/Doğan/Bacaksız bu sebeple taksiri suçun özel bir görünüş şekli olarak incelemektedir; Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s. 4936; Sevik, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 498; Sert, **a.g.e.**, s. 144.

ve özen yükümlülüğüne aykırı davranması sebebiyle taksiri bulunduğunu, ancak kanunda suçun taksirli şekli cezalandırılmadığından ve suçun manevi unsuru olan kast mevcut olmadığından suçun oluşmadığını ifade eden yazarlar bulunmaktadır¹⁰¹. Buna karşılık hekimin dosyayı unutması değil umursamayarak masanın üzerinde bilerek bırakması halinde hekimin bu suçu olası kastla işlediği de akla gelebilir. Nitekim hastane içerisinde hekimin ya da diğer hastane personelinin hasta bilgilerini içeren bir ekranı başkalarının görebileceği şekilde açık bırakması durumunda, TCK 136. maddedeki suçun olası kastla işlenmiş şeklinin oluşacağını ifade eden bir görüş bulunmaktadır¹⁰². Ancak hareket başlığı altında ilgili tartışmalara yer vererek ayrıntılı biçimde açıkladığımız üzere, söz konusu suçun ihmali hareketle işlenemeyeceği kabul edilmelidir. Bu bakımdan hastaya dair bilgileri içeren ekran, dosya ve benzeri materyalin kasıtlı olarak, umursanmayarak ya da dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket ederek açıkta bırakılması gibi ihmali hareketlerle suçun oluşacağını kabul eden ancak bu hususu taksir ve olası kast bağlamında ele alan görüşler isabetli değildir. Zira ilgili bölümde yer verdiğimiz tartışma uyarınca suçun ihmali hareketle işlenmesi mümkün olmadığından bahsi geçen örneklerde suçun maddi unsurları oluşmayacaktır. Maddi unsurları tespit edilemeyen bir suçun manevi unsurunun araştırılması anlamlı değildir. Bu bakımdan söz konusu örnekler bağlamında manevi unsuru tartışmanın pratik bir faydası yoktur. Suçun icrai hareketle ancak olası kastla işleneceği durumlar saklıdır.

Yukarıdaki örnekler dışında hekimin herhangi bir şekilde dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket ederek kişisel verileri icrai hareketlerle ifşa etmesi durumunda ise suçun taksirli hali cezalandırılmadığından manevi unsurun yokluğu sebebiyle suçun oluşmayacağı kabul edilmelidir. Suçla korunan kişisel verilerin ve özellikle sağlık alanı ile ilgili kişisel verilerin hassas bir nitelik taşıdığı hususu göz önünde bulundurulduğunda suçun taksirli şeklinin de ilgili maddede düzenlenmesi gerektiği görüşü doktrinde kendisine yer bulmaktadır¹⁰³.

¹⁰¹ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 1232; Sevük, “**Tıp Ceza Hukukunda Kişisel Verilerin Açıklanması**”, s. 801; Nizamettin Aydın, **a.g.e.**, s. 22.

¹⁰² Yılmaz, **a.g.e.**, s. 178, 179, 182.

¹⁰³ **A.e.**, s. 190.

3.2.5. Hukuka Aykırılık Unsuru

3.2.5.1. Genel Olarak

Suçun oluşabilmesi için, madde metninde sayılan hareketlerin hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Tipiklik ve hukuka aykırılık, suça vücut veren fiilin ifade ettiği haksızlığın birbirinden bağımsız iki unsurudur¹⁰⁴. Suç incelenirken önce tipikliğin unsurları incelenip tespit edilecek daha sonra hukuka aykırılık bakımından değerlendirme yapılacaktır¹⁰⁵. Bunun yanında tipik bir fiilin hukuka aykırı olacağı şeklinde bir karine de ceza hukuku alanında genel olarak kabul gören prensiplerdendir¹⁰⁶. Bunun yanında TCK’da, 136. maddede olduğu gibi bazı suçlar bakımından madde metninde özel olarak hukuka aykırılık vurgusu yapılmıştır. Bu bağlamda kanun koyucu hukuka aykırı olarak kişisel verilerin verilmesi, yayılması yahut ele geçirilmesi hareketlerini suç olarak kabul etmektedir. TCK’nın 136. maddesinde olduğu gibi bazı normlar bakımından suçun yasal tanımında yer alan hukuka aykırılık unsurunun ne anlam ifade ettiği bir problem olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu hususta doktrinde çeşitli yaklaşımlar öne sürülmüştür.

Suç tanımındaki hukuka aykırılık ifadesini, *hukuka özel aykırılık* hali olarak tanımlayan bir görüşe göre, ceza hukukunun genel kaideleri göz önünde bulundurulduğunda, hukuka aykırılık ile ilgili bir ifade barındırmayan suçlar bakımından, tipik fiilin hukuka aykırı olduğu hususunda ayrıca bir araştırma yapılması zorunlu değildir. Bu görüşe göre bir ceza normuyla suç haline getirilen bir fiili hukuka uygun hale getiren başka bir mevzuat hükmü mevcutsa, kanun koyucu bu ceza normunun lafzında “hukuka aykırı olarak” ibaresine yer vermek zorundadır. Bu şekilde düzenlenen hukuka özel aykırılık hallerinde hakimnin ayrıca tipik fiilin hukuka

¹⁰⁴ Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, 2020, s. 302; Neslihan Göktürk, “Suçun Yasal Tanımında Yer Alan “Hukuka Aykırılık” İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7, S. 1, 2016, ss. 407-450, s. 417; Ali Şahin Kılıç, “Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık”, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), **Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü**, 2020, s. 153. İçel, **a.g.e.**, s. 314: İçel, kusurluluğu da bu iki unsurdan bağımsız olarak suçun unsurlarından biri olarak kabul etmektedir.

¹⁰⁵ Göktürk, “Suçun Yasal Tanımında Yer Alan “Hukuka Aykırılık” İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon”, s. 417; Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 264;

¹⁰⁶ **A.e.**, s. 265; Özgenç, **a.g.e.**, s. 309; Özbek, Doğan, Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 278; İçel, **a.g.e.**, s. 310.

aykırı olup olmadığını araştırması gerekmektedir. Zira bu ibare, fiilin hukuka uygun da olabileceğini vurgulamaktadır¹⁰⁷.

Başka bir görüşe göre, hukuka aykırılığın özel olarak suç tipinde düzenlendiği suçlarda, hukuka aykırılık artık tipikliğin içerisinde değerlendirilmelidir. Bu anlayışa göre, failin kastının hukuka aykırılığı da kapsamı gerekmektedir. Fail bu suçu ancak doğrudan kastla işleyebilmektedir¹⁰⁸.

Bu görüş haricinde doktrinde suç tipindeki hukuka aykırılık ibaresinin iki şekilde incelenebileceği yaklaşımı da mevcuttur. Bu bakımdan madde metnindeki hukuka aykırılık ibaresi, tipikliğe ilişkin olabileceği gibi, hukuka uygunluk nedenlerini de vurgulayabilmektedir. Bu durum da kastın kapsamı, hukuka uygunluk nedenlerinde ve maddi unsurlarda hata bakımından önem arz edecektir.

Bu tartışma bakımından “*hukuka aykırılık*” ibaresinin hangi unsura ilişkin olduğunu tespit etmek için genel olarak şu şekilde bir değerlendirme yapılması öngörülmektedir: Madde metninde geçen hukuka aykırılık kavramı suçun kanuni tanımındaki maddi unsurlardan birini nitelemekten ziyade buradaki hukuka aykırılık lafzı, tipikliğin unsurlarından biri olarak kabul edilmelidir. Dolayısıyla söz konusu suç

¹⁰⁷ Özge Sırma, “Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık”, **Fasikül Hukuk Dergisi**, C. 4, S. 29, 2012, ss. 15-21, s. 18, 19; Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, ss. 306-307; Özbek, Doğan, Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 280; Özbek, Doğan, Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 586; Centel/Zafer/Çakmut’a göre bu tür suçlar söz konusu olduğunda failin kusurunun hukuka aykırılığı da kapsamı gerekmektedir. Bu yazarlar, benimsedikleri kastın kusur alanında işlev sahibi olduğu görüşü doğrultusunda ilgili bölümde, failin *kusurunun* hukuka aykırılığı da kapsamı gerektiği yönünde açıklama yapmışsalar da yine aynı bölümde bu ifadenin failin hukuka aykırılık durumunu bilmesi ve istemesi gerektiği anlamına geldiği belirtilmektedir. Ancak bilmek ve istemek unsurları kusur alanına değil manevi unsur bakımından kast tanımına uygun olduğundan buradaki “*kusurunun*” ibaresi “*kastının*” şeklinde olmalıydı. Zira kusur, genel kabule göre fiili sebebiyle fail açısından yapılacak bir değerlendirme yargısıdır. Bkz. Özgenç, **a.g.e.**, s. 178; Ayrıca Özgenç de ayırım yapmaksızın hukuka aykırılık ibaresinin yer aldığı suçlar bakımından failin hukuka aykırılık bilincinin ayrıca araştırılması gerektiğini, failin kastının bu unsuru da kapsamı gerektiğini, bu sebeple bu tür suçların yalnızca doğrudan kastla işlenebileceğini belirtmektedir. **A.e.**, ss. 310-311.

¹⁰⁸ Artuk, v.d., **a.g.e.**, ss. 486-487; İçel, **a.g.e.**, s. 323; Hafızoğulları, Özen, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 258; Korkmaz, **a.g.e.**, s. 463; Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s. 4936; Bu yazarlara göre özel hukuka aykırılık bilinci suçun unsurları arasında sayılmalıdır. Fail işlediği fiilin hukuka aykırı olduğu bilincini taşıyor, bu hususu bilmiyorsa suç oluşmayacaktır; Sert, **a.g.e.**, s. 114; Ahmet Gökcan, Murat Balci, “Organ ve Doku Ticareti Suçları (TCK. m. 91-93)”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 19, S. 2, 2013, ss. 11-149, s. 136, 137.

bakımından failin kastının bu hukuka aykırılık unsurunu da kapsamaması gerektiğinden, bu suçlar ancak doğrudan kastla işlenebilir¹⁰⁹.

Diğer taraftan “*hukuka aykırılık*” suç tipini oluşturan haksızlığın tümünü değerlendiren bir unsur olup, tipiklikten bağımsız olarak suçun hukuka aykırılık unsuru ile ilişkili de olabilir. Bu durumda kanun koyucu olayda bir hukuka uygunluk nedeni bulunabileceğini vurgulamış, hakimi hukuka uygunluk nedenini araştırmaya sevk etmek istemiştir. Bu nitelikteki hukuka aykırılığın tipikliğe ilişkin kastın kapsamında olması gerekmez. Bu ifade buradaki anlamıyla, haksızlık bilinci ile dolayısıyla kusur ile ilişkilendirilebilir¹¹⁰.

Belirtilmelidir ki haksızlık teşkil eden fiilin unsurlarının bilinmesi kast alanına dahildir. Buna karşılık genel olarak fiilin hukuka aykırı olduğunun bilinci, kusurluluk alanına dahil kabul edilmektedir¹¹¹.

Çalışmamızın konusunu oluşturan Kişisel Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme, Yayma ya da Ele Geçirme Suçu bakımından da madde metnindeki hukuka aykırılık ibaresi, yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda haksızlığın tümünü değerlendiren, hukuka uygunluk sebeplerinin varlığına işaret eden bir ibaredir¹¹². Zira 134 ve 135. madde metinlerinde de yer alan hukuka aykırılık ibresi, bu iki maddenin gerekçesinde ayrıca ele alınmıştır. Şöyle ki, her iki gerekçe metninde de söz konusu suçlar bakımından bazı hukuka uygunluk sebeplerine yer verilmiş, daha sonra bu fiillerin hukuka aykırı olarak işlenmesi durumunda suçun oluşacağı belirtilmiştir. 136. madde bakımından bu şekilde ayrıca bir açıklama yapılmamış olsa da önceki iki maddenin gerekçesinden hareketle, buradaki hukuka aykırılık ibaresinin de hukuka uygunluk sebeplerine işaret ettiği anlaşılmaktadır. Bu itibarla kişisel verileri verme,

¹⁰⁹ Göktürk, “Suçun Yasal Tanımında Yer Alan “Hukuka Aykırılık” İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon”, s. 427; Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 267; Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.167, 268; Kılıç, **a.g.e.**, ss. 157-159; Sedat Erdem Aydın, **AIHM İçtihatları Bağlamında Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu**, İstanbul, Onikilevha, 2015, s. 142.

¹¹⁰ Göktürk, “Suçun Yasal Tanımında Yer Alan “Hukuka Aykırılık” İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon”, s. 427; Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 167, 269; Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 267; Sedat Erdem Aydın, **a.g.e.**, s. 142.

¹¹¹ Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 167; TCK madde 30/4 hükmünün buna dayanak teşkil ettiği belirtilmektedir.

¹¹² Börekçi, **a.g.e.**, s. 95; Sevil, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, ss. 498-499; Sert, **a.g.e.**, s. 146; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 1243; Sedat Erdem Aydın, **a.g.e.**, s. 143.

yayma ve ele geçirme şeklindeki hareket söz konusu olduğunda, haksızlık bilinci ile ilgili bir değerlendirme yapılacak, suç oluşturan fiil açısından genel olarak hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı araştırılacaktır¹¹³.

3.2.5.2. Hukuka Uygunluk Nedenleri

6698 sayılı KVKK’nın “Tanımlar” başlıklı 3. maddesinin 1/e fıkrasında kişisel verilerin işlenmesi tanımlanmış ve buradan hareketle kişisel verilerin kaydedilmesi, aktarılması, açıklanması gibi fiillerin de kişisel verilerin işlenmesi anlamına geldiği hüküm altına alınmıştır. Anayasa’nın 20. maddesinin 3. fıkrasına göre ise kişisel veriler ancak kişinin rızası ve bir kanun hükmü uyarınca işlenebilecektir. Bu hüküm göz önüne alındığında, TCK madde 136 açısından uygulama alanı bulabilecek hukuka uygunluk sebepleri de yalnızca ilgilinin rızası ve kanun hükmünün yerine getirilmesi olabilecektir¹¹⁴. Ancak aksi yöndeki görüş sahibi yazarlar, bu suç bakımından hakkın kullanılması¹¹⁵ yahut yetkili merci kararının bulunması¹¹⁶ şeklindeki hukuka uygunluk sebeplerinin de geçerli olabileceğini ifade etmektedir.

Bu itibarla 5237 sayılı kanunun genel hükümler kısmında düzenlenen hukuka uygunluk nedenlerinden birinin varlığı halinde failin tipe uygun fiili suç oluşturmayacaktır. Ancak yukarıda izah ettiğimiz anayasal düzenleme gereği, kişisel verileri konu edinen suçlar bu genel kuralın istisnasını oluşturmaktadır. Bu bakımdan, genel hükümlerde düzenlenen her türlü hukuka uygunluk nedeni değil, yalnızca kanun hükmünün yerine getirilmesi ve ilgilinin rızası şeklindeki hukuka uygunluk nedenleri failin fiilini hukuka uygun hale getirebilecektir.

3.2.5.2.1. Kanun Hükmünün Yerine Getirilmesi

Türk Ceza Kanunu madde 24/1’de öngörülmüş hukuka uygunluk sebeplerinden biri olan kanun hükmünün yerine getirilmesi durumunda, kanun belli

¹¹³ Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 269.

¹¹⁴ Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, ss. 562-563; Sevük, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 499.

¹¹⁵ Gültaş, **a.g.e.**, s. 222; Şeyma Sert, **a.g.e.**, s. 146; Köse Aysun, **a.g.e.**, s. 148.

¹¹⁶ Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s. 4937; Hafızoğulları, Özen, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler-Kişilere Karşı Suçlar**, s. 291.

bir konuda görev ya da yetki verdiğinden, işlenen fiil hukuka uygun olacaktır¹¹⁷. Bu hukuka uygunluk nedeni kanun hükmünü yerine getirme olarak adlandırılmakta ise de doktrinde buradaki kanun deyiminden ne anlaşılması gerektiği tartışılmaktadır. Bazı yazarlarca, şekli anlamda kanun, yani *kanun kuralı* anlaşılmalı, diğer tüzük, yönetmelik gibi mevzuat hükümlerinin bu hukuka uygunluk sebebine değil, ancak TCK madde 26/1’de düzenlenen hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebine dayanak teşkil etmesi gerekmektedir¹¹⁸. Buna karşılık başka bazı yazarlarca buradaki kanun deyimini, şekli anlamda kanun olarak değil, yürürlükteki herhangi bir yazılı mevzuat düzenlemesi olarak anlaşılmalı, bu bağlamda tüzük, yönetmelik gibi düzenleyici işlemler ile getirilen hukuka uygunluk sebepleri de bu başlık altında incelenmelidir¹¹⁹.

Burada dikkat edilmesi gereken önemli bir nokta da şudur ki Anayasa’nın 20/3 hükmü karşısında artık buradaki kanun ifadesinin geniş anlamda yazılı mevzuat olarak anlaşılması şeklindeki yaklaşım geçerliliğini yitirecektir. Zira ilgili anayasa hükmü “ancak kanunda öngörülen hallerde” denilmek suretiyle kişisel verilerin işlenmesini hukuka uygun hale getirebilecek hükmün, ancak yasama tasarrufuyla TBMM tarafından çıkarılmış şekli anlamda kanun olabileceğini vurgulamaktadır¹²⁰. Buna karşılık TCK’nın 136. maddesi söz konusu olduğunda da yine ayırım gözetmeksizin buradaki kanun hükmünün yerine getirilmesi hukuka uygunluk sebebi bakımından, sadece şekli anlamda değil, maddi anlamda kanun hükmünün de geçerli olacağı, dolayısıyla tüzük veya yönetmelik gibi düzenleyici işlemlerin de şekli anlamda kanunlarda düzenlenen hükümlere aykırı olmamak kaydıyla suç konusu fiiller bakımından hukuka uygunluk sebebi sayılabileceğini savunan yazarlar da mevcuttur¹²¹.

¹¹⁷ Özgenç, **a.g.e.**, s. 320; Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 275; Artuk v.d., **a.g.e.** s. 490, 492; Özbek, Doğan, Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 587.

¹¹⁸ Artuk v.d., **a.g.e.**, ss. 492-493.

¹¹⁹ Özgenç, **a.g.e.**, s. 320; Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 276; Özbek, Doğan, Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 287; Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s. 309; İçel, **a.g.e.**, s. 329; Hafızoğulları, Özen, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 214, Hafızoğulları/Özen, genelgenin tartışmalı bir husus olsa da burada geçerli olması gerektiğini ifade etmektedir.

¹²⁰ Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 563.

¹²¹ Özbek, Doğan, Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 588.

Kanun hükmünün yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeninin uygulanabilirliği açısından dikkat edilmesi gereken nokta, kanunun verdiği yetkinin açık olması, yetkinin sınırlarının belirli olması, suç tanımında belirtilen fiili işleyen kişinin bu yetki ve sınırlar içerisinde hareket ettiğinin belirlenmesidir. Aksi takdirde fiili işleyen kişinin sorumluluğu doğacaktır¹²².

Mevzuattaki muhtelif hükümler göz önünde bulundurulduğunda, hekimlerin TCK'nın 136. maddesinde düzenlenen suçu işledikleri durumlarda da bu hukuka uygunluk sebebi mevcut olabilir. Nitekim kanun hükmünü yerine getirme şeklindeki hukuka uygunluk nedeninin uygulanabilmesi için çatışan yükümlülükler arasından öncelikle korunması tercih edilecek olanın koruduğu hukuki değerın daha üstün olması gerekmektedir. Bu bakımdan doktrinde üstünlük tanınacak hukuki değerin her somut olayın özelliğine göre ayrıca belirlenmesi gerektiği ifade edilmektedir¹²³. Sır saklama yükümlülüğü ve dolayısıyla özel hayatın gizliliğine ilişkin yükümlülük karşısında başka bir yükümlülüğün daha üstün değerde görülmesi, kanun hükmünün yerine getirilmesi şeklinde bir hukuka uygunluk nedeninin varlığı için gereklidir.

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu

Kişisel veriler ile ilgili genel bir düzenleme olan KVKK'nın 5. maddesinde bu verilerin hangi şartlarda işlenebileceği hüküm altına alınmıştır. Şekli anlamda kanun maddesi olarak bu düzenlemenin her bir hükmünün kişisel verilerin işlenmesi dolayısıyla TCK'nın 136. maddesi bakımından hukuka uygunluk sebebi teşkil ettiği söylenebilecektir¹²⁴. Burada önemle vurgulanacak bir husus olarak kişisel veri

¹²² Korkmaz, **a.g.e.**, s. 469.

¹²³ Erbaş, **Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğü**, s. 161.

¹²⁴ **“Kişisel verilerin işleme şartları**

MADDE 5- ...

(2) Aşağıdaki şartlardan birinin varlığı hâlinde, ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın kişisel verilerinin işlenmesi mümkündür:

a) Kanunlarda açıkça öngörülmesi.

b) Fiili imkânsızlık nedeniyle rızasını açıklayamayacak durumda bulunan veya rızasına hukuki geçerlilik tanınmayan kişinin kendisinin ya da bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün korunması için zorunlu olması.

c) Bir sözleşmenin kurulması veya ifasıyla doğrudan doğruya ilgili olması kaydıyla, sözleşmenin taraflarına ait kişisel verilerin işlenmesinin gerekli olması.

ç) Veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için zorunlu olması.

d) İlgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş olması.

sahibinin bu verileri kendisinin aleni hale getirdiği durumlarda bu verilerin verilmesi yayılması yahut ele geçirilmesi de 5. madde hükmü gereği hukuka uygun hale gelecektir. Kişinin kendisi tarafından başkalarına açıklanan veriler ile aleni şekilde başkaları tarafından görülen ve duyulan hususlar, 136. maddenin özel hayatın gizliliğine karşı suçlar bölümünde düzenlenmesi göz önünde bulundurulduğunda, bu madde kapsamında gizliliği korunacak kişisel verilerden kabul edilmemektedir. Nitekim özel hayata yönelik bir ihlalin varlığı için bu ihlale sebep olan davranışın, gözlem veya bilgi edinme bakımından normalin üzerinde özel bir çabanın ürünü olması gerektiği ifade edilmektedir¹²⁵. Alenileştirmenin bir hukuka uygunluk nedeni şeklinde öngörülmüş olmasının gerekçesi olarak doktrinde, hukukun kişisel verilere yönelik sağladığı korumadan kişisel veri sahibinin alenileştirme yoluyla vazgeçtiği kabulü gösterilmektedir¹²⁶.

Bir hukuka uygunluk nedeni olarak 5. maddenin yanında özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi bakımından aynı kanunun 6. maddesinde de rıza şartı aranmış ve diğer kişisel veriler gibi özel nitelikli kişisel verilerin zorunlu hallerde rıza olmaksızın da işlenebileceğinden bahsedilmiştir. Ancak ilgili bölümde ayrıntılı olarak değindiğimiz üzere sağlık ile ilgili özel nitelikli kişisel verilere 3. fıkra ile özel bir koruma daha getirilerek, bu zorunlu hallerin varlığı halinde dahi ancak “*kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından*” rıza olmaksızın işlenebileceği, buna ek olarak yeterli önlemlerin alınması da öngörülmüştür¹²⁷. Bu durumların varlığı özel nitelikli kişisel verilerin ve dahi çalışma konumuz açısından önemli bir yer tutan kişisel sağlık verilerinin ifşa edilmesi,

e) Bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için veri işlemenin zorunlu olması.

f) İlgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla, veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması.” (Çevrimiçi) <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.6698.pdf> 04 Haziran 2022.

¹²⁵ İsmail Malkoç, **Açıklamalı- İctihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu (Son Değişiklikler ve İctihatlarla)**, Madde 82-149/ 2. Cilt, Ankara, Sözkesen Matbaacılık, 2013, s. 2200.

¹²⁶ Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 564.

¹²⁷ Madde 6/3, ve 4. Fıkraları, kişisel verilerin aktarılması hususuyla ilgili ayrıca bkz. 6698 sayılı kanun madde 8 (Çevrimiçi), <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.6698.pdf> 24 Mayıs 2022.

paylaşılması ya da genel anlamıyla işlenmesi bakımından kanun hükmünü yerine getirme şeklinde bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilecektir.

KVKK'nın zikredilen hükümleri ve özellikle 5/2-b hükmü hekimin sır saklama yükümlülüğü ile bildirme yükümlülüğü arasında kaldığı durumlar açısından önemli bir yer tutmaktadır. Nitekim sözü edilen hükümde ilgili kişinin rıza açıklayamayacak durumda olması veya rıza açıklaması geçerli olmayan kişilerin söz konusu olması durumlarında ve buna ek olarak kişisel verilerin işlenmesinin kişilerin yaşam hakkı ve beden bütünlüğü bakımından zorunlu olması halinde kişisel verilerin işlenmesi bu madde uyarınca hukuka uygun kabul edilmiştir. Dolayısıyla kişisel verilerin işlenmesi yahut genel anlamda ifşa edilmesi, kişisel verinin ilgili olduğu kişinin ya da başkalarının hayati tehlikesi söz konusu olmasından bahisle zorunlu olduğunda KVKK'nın 5/2-b hükmü uyarınca 136. maddedeki fiili gerçekleştiren kişinin fiili hukuka uygun sayılacak, suç oluşturmayacaktır. Hayati tehlike durumunun fail açısından zorunluluk hali teşkil edeceğini belirten yazarlar¹²⁸ bulunsa da burada bariz şekilde şekli anlamda bir kanun hükmü ile kişisel verilerin ifşası hukuka uygun sayıldığından zorunluluk hali şeklinde kusurluluğu etkileyen sebebin değil, öncelikle doğrudan suçun oluşmasına engel olan bir hukuka uygunluk sebebinden bahsetmek yerinde olacaktır. Aşağıda çeşitli hükümler bakımından bu hususa ve çözümlemesine yer verilecektir.

Bulaşıcı Hastalıkların Bildirimi

Umumi Hıfzıssıhha Kanunu madde 57'ye göre bu maddede sayılan hastalıkların mevcut olduğu durumlarda, madde 58 uyarınca hekimin salgın hastalıkları yetkili mercilere bildirme yükümlülüğü vardır. 57. maddede sayılan hastalıkların yanında aynı kanunun 97. maddesinde *sıtma*, 104. maddesinde *zührevi hastalıklar*, 113 ve 114. maddelerinde de *verem* ihbarı zorunlu hastalıklar arasına dâhil edilmiştir.

Buradan hareketle Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda düzenlenen bulaşıcı hastalıkların bildiriminin zorunlu olduğuna ilişkin kuralın kişisel sağlık verilerinin

¹²⁸ Korkmaz, **a.g.e.**, ss. 469-470; Nebahat Kayaer, "Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğünün İstisnaları", **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 15, S. 170, 2020, ss. 2032-2048, s. 2043.

işlenmesi bakımından hukuka uygunluk sebeplerine yer veren KVKK madde 6/3'teki düzenleme ile birlikte ele alınması gerekmektedir. Buna göre madde 6/3 hükmünde kamu sağlığının korunması şeklindeki üstün menfaatlerden hareket ederek hekimin, Anayasa'nın 20/3 hükmü uyarınca kişisel verilerin işlenmesine ilişkin kanun hükmü tarafından öngörülme kıstasına da uygun şekilde düzenlenen Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda düzenlenen bulaşıcı hastalıkları bildirdiği durumlarda hekimin bildirimının hukuka uygun hale geldiği kabul edilecektir¹²⁹. Zira böyle durumlarda kamu sağlığına yönelik menfaatler özel hayatın gizliliğine yönelik menfaat karşısında üstün konumda olmalıdır.

Ayrıca bu maddelere ek olarak şekli anlamda kanun niteliği taşımasa da veri sahibinin ve diğer kişilerin yahut daha geniş anlamda toplumun sağlığını tehdit edecek bazı hastalık ve durumların bildirilmesini öngören çeşitli hükümler de karşımıza çıkmaktadır. Sağlık Bakanlığı'nın Bulaşıcı Hastalıkların İhbarı ve Bildirim Sistemi Hakkında Tebliği'nde de bulaşıcı hastalıkların bildirimini zorunlu hale getirilmiştir. Bunun yanında bildirim zorunlu hastalıklar bakımından burada sayılan hastalıklara ek olarak sağlık bakanlığının onayı ile AIDS gibi başka bazı hastalıklar da kimlik bilgileri gizlenmek kaydıyla bildirim zorunlu hastalıklar arasına alınmıştır¹³⁰. AIDS hastalığının bildirimini ile ilgili bir düzenleme de Hükümlü ve Tutukluların Ödüllendirilmesi Hakkında Yönetmelik'in 15. maddesinde yer almaktadır. Bu maddenin 2. fıkrası ile hepatit veya AIDS gibi kan yoluyla ya da cinsel yolla bulaşabilecek bir hastalık taşıyan hükümlü veya tutuklunun eşinin yazılı olarak bilgilendirilmesi zorunluluğu getirilmiştir¹³¹.

Daha önceki bölümlerde değindiğimiz Sağlık Mesleği Mensupları İle Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik'in 5/1-h bendinde rapor düzenleme zorunluluğu veya hasta ve diğer kişilerin hayati tehlikesi söz konusu olduğu durumlarda sağlık personelinin meslekleri dolayısıyla öğrendikleri bilgileri açıklama zorunluluğunun doğabileceği, bu durumda

¹²⁹ Börekçi, **a.g.e.**, s. 106.

¹³⁰ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 1236.

¹³¹ Bkz. (Çevrimiçi)

<https://www.mevzuat.gov.tr/File/GeneratePdf?mevzuatNo=17249&mevzuatTur=KurumVeKuruluYonetmeligi&mevzuatTertip=5> 09 Mayıs 2022.

sorumluluklarının bulunmadığı ifade edilmiştir. Yine Hekimlik Meslek Etiği Kuralları madde 9'a göre, hastanın ya da diğer kişilerin hayati tehlikesinin söz konusu olacağı durumlarda hekim, sır saklama yükümlülüğü altında değildir. Ancak yukarıda belirttiğimiz şekli anlamda kanun şartı gereği, şekli anlamda kanun niteliği taşımayan bu tebliğ ve yönetmeliklerin tek başına hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmesi söz konusu değildir.

Yukarıda yer verilen mevzuat düzenlemeleri de göz önünde bulundurulduğunda, toplumda yaşayan bireylerin sağlığını tehdit eden bulaşıcı hastalıkların ve özel olarak AIDS'in söz konusu olduğu sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel verilerin ifşasının gerekli olduğu durumlarda sır saklama yükümlülüğü ile bildirim yükümlülüğü çatışan iki yükümlülük olarak karşımıza çıkacaktır. Bu hallerde sır saklama yükümlülüğü kişilerin yaşam ve sağlık haklarına hanel gelmesi gibi sonuçlar doğuracak, bu durum da genel olarak özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesinden daha ağır sonuçlara yol açmış olacaktır. Dolayısıyla bu şekilde bireylerin hayati tehlikesinin söz konusu olduğu durumlarda bildirim yükümlülüğü ile ilgili şu şekilde bir çözümleme yapılması yerinde olacaktır:

İlk olarak yukarıda belirtilen kişisel sağlık verileri ve cinsel hayata ilişkin kişisel veriler gibi özel nitelikli kişisel sağlık verilerinin söz konu olduğu ve bu verilerin kamu sağlığının korunması saikiyle ifşa edilmesi gerektiğinde KVKK'nın 6/3. maddesi 136. madde açısından bir hukuka uygunluk sebebi teşkil edecektir. Bu durumda kişisel veri sahibi kişinin rızasının bulunup bulunmaması da önem arz etmeyecektir.

Buna karşılık özel nitelikli kişisel veriler haricindeki kişisel verilerin, veri sahibinin ve diğer kişilerin hayati tehlikesi sebebiyle ifşa edilmesi gerekliliği ortaya çıktığında ise KVKK'nın 5/2-b hükmü uyarınca bu veriler açısından veri sahibinin rıza açıklamasında bulunup bulunmaması önem arz eder. Şöyle ki: konunun başında ele aldığımız üzere KVKK'nın 5/2-b hükmü kişisel veri sahibinin ve başkalarının hayatı ve beden bütünlüğü açısından verilerin işlenmesinin gerekli olduğu durumlarda, fiili imkansızlık sebebiyle veri sahibinin rıza açıklayamayacak durumda olması veya rıza açıklamasına hukuki geçerlilik tanınmaması şartı ile kişisel verilerin ifşa edilmesi

bakımından kanun hükmünün yerine getirilmesi şeklinde bir hukuka uygunluk nedeni teşkil edecektir. Ancak veri sahibinin geçerli şekilde rıza açıklamasında bulunabilecek durumda olması buna rağmen kişisel verilerinin ifşasına rıza göstermemesi halinde kanunun lafzı gereği 5/2-b hükmü uygulanamayacaktır. Böyle bir hayati tehlike durumunda ilgili kişi rıza göstermiyorsa, bu itibarla 136. maddedeki fiili gerçekleştiren fail açısından diğer koşulların da varlığı durumunda ancak zorunluluk halinin söz konusu olduğu kabul edilebilir.

Suçu Bildirme Yükümlülüğü

TCK'nın 279 ile 280. maddeleri gereği suç bildirme yükümlülüğü de kişisel verileri verme, yayma ve ele geçirme suçu bakımından bir hukuka uygunluk nedeni olarak karşımıza çıkmaktadır. Suçun ortaya çıkarılması ve cezalandırılmasına ilişkin yarar, burada kişisel verilerin korunmasının önüne geçirilmiş, suç bildirimi ile kişisel verilerin gizliliğine bir istisna getirilmiştir¹³². Zira burada tamamlanmış suçlar açısından devletin suçun aydınlatılmasına yönelik adli yararı ve henüz gerçekleşmemiş ancak belirti düzeyinde ortaya çıkarak işleneceği yönünde tehlike bulunan suçlar açısından da bu suçlar ile korunan hukuki değer korunmuş olacaktır¹³³. Söz konusu değerler kişilerin özel hayatlarının gizliliği ve kişisel verilerinin korunması haklarına ilişkin yararlarının önüne geçecektir. Bu bakımdan 279 ve 280. maddelerin sır saklama yükümlülüğü ve dolayısıyla 136. madde karşısında bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesi mümkündür. Ancak belirtilmelidir ki suçun aydınlatılmasına ilişkin yararın özel hayatın gizliliği hakkının önüne geçeceğini kabul eden yaklaşım, hastaların sağlık hizmetinden yararlanmak için ilgili sağlık kuruluşuna başvurmaktan çekinmelerine neden olabilecektir. Bu gerekçeyle sağlık mesleği mensuplarına suç bildirme yükümlülüğü yükleyen kuralın kategorik bir yaklaşımla sır saklama

¹³² Hamide Zafer, "Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK M. 280)", **İÜHFİM**, C. 71, S. 1, ss. 1327-1357, s. 1329; Abdulkaki Giyik, "Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü ile Suçu Bildirme Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüklerin Çatışması", **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 9, S. 2, 2014, ss. 175-214, s. 207, 208; Giyik, 280. maddede düzenlenen suç ile adliyenin korunması amacı göz önünde bulundurulduğunda zamanaşımına uğramış suçlar bakımından bildirim yükümlülüğünün bulunmadığını ifade etmiştir; Hayrunnisa Özdemir, "Hadım Etme ve Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 14, S. 1, 2010, ss. 125- 164, s. 156.

¹³³ Erbaş, **Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğü**, s. 160.

yükümlülüğü karşısında bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesinin Anayasa'nın 13. maddesine ve AİHS'nin 2. maddesine, yaşam hakkına hâlel getireceği gerekçesiyle aykırı olduğunu ifade eden bir görüş de bulunmaktadır¹³⁴. Kanaatimizce burada da konunun başında değindiğimiz, çeşitli hukuk kuralları ile öngörülen yükümlülüklerin çatışması sebebiyle her somut olay bakımından ihlal edilecek değerler çerçevesinde münferit bir değerlendirme ile çözümleme yapılması yerinde bir yaklaşım olacaktır.

TCK'nın 279. maddesine göre kamu personeli, 280. maddesine göre de sağlık mesleği mensupları suçu bildirmemesi halinde cezalandırılacaktır. Yine Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği madde 86'da da bu 279 ve 280. maddeleri destekler şekilde ihbar yükümlülüğü düzenlenmiştir¹³⁵. 279 ve 280. maddeler, suç belirtisi ile karşılaşılması durumunda yukarıda ele alınan yükümlülük çatışmasına ilişkin değerlendirme de göz önünde bulundurularak yapılacak ihbarı hukuka uygun hale getireceğinden, 136. madde bakımından kanun hükmünü yerine getirme şeklinde bir hukuka uygunluk nedeni teşkil edecektir¹³⁶.

Bu suçların düzenleniş şekli bakımından kamu görevlisi olan hekimler için 279. madde hükmü, kamu görevlisi olmayan hekimler için ise 280. madde hükmü uygulama alanı bulacaktır¹³⁷. Doktrinde sağlık mesleği mensuplarının kamu personeli olsun veya olmasın 280. madde kapsamında değerlendirileceğini ifade eden yazarlar bulunmaktadır¹³⁸. Ancak 280. maddenin gerekçesinden hareketle kamu görevlisi hekimler bakımından 279. madde hükmü uygulanacaktır. Bu suçların bildirimi

¹³⁴ Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, s. 1409.

¹³⁵ Bkz.

(Çevrimiçi)

<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=85319&MevzuatTur=3&MevzuatTertip=5> 27 Haziran 2022.

¹³⁶ Erbaş, **Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğü**, s. 42, 44, 123; Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, s. 1414.

¹³⁷ İlhan Üzülmöz, "Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu", **V. Türk - Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, "Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları"**, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2008, ss. 823-844, s. 836, 837; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 1307; Erbaş, **Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğü**, s. 150; Bazı yazarlar, 279 ve 280. maddeler arasında bir özel norm-genel norm ilişkisi kurulamayacağını, kamu görevlisi olan sağlık mesleği mensubu açısından hangi hükmün uygulanacağı sorununun fikri içtima hükümlerine göre çözümlenmesi gerektiğini ifade etmiştir. Zafer, "Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK M. 280)", s. 1336, 1337; Kayaer, **a.g.e.**, s. 2040; Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, 1411.

¹³⁸ Yılmaz, **a.g.e.**, s. 191.

bakımından dikkat edilmesi gereken husus, kamu görevlisi hekimlerin veya özel hastane veya muayenahanelerde görev yapan hekimlerin bu suçların işlendiğini mesleğin ifası sırasında ve bu sebeple öğrenmiş olmaları gerektiğidir¹³⁹.

279. madde düzenlemesine göre kamu görevlisinin bildirmekle yükümlü olduğu suçlar, kamu adına soruşturulması ve kovuşturması yapılacak suçlardır. Bu açıdan bakıldığında, kamu görevlisi hekimlerin bildirmekle yükümlü olduğu suçlar, şikayete tabi olmayan, resen kovuşturulacak suçlar iken 280. maddede zikredildiği üzere kamu görevlisi olmayan hekimlerin bildirmekle yükümlü olduğu suçlar bakımından bu şekilde bir sınırlandırma söz konusu değildir¹⁴⁰. Dolayısıyla kamu görevlisi hekimlerin şikayete tabi bir suçu bildirmeleri durumunda, bu hekimler 279. madde düzenlemesi uyarınca kanun hükmünün yerine getirilmesi hukuka uygunluk sebebinden yararlanamayacaklardır.

280. maddede düzenlenen suçun, 765 sayılı kanununda karşılığı olan düzenleme uyarınca ancak kişilere karşı işlenen suçlar bakımından bir bildirim yükümlülüğü getirilmiş idi¹⁴¹. Buna karşılık yeni düzenlemeye göre, kamu görevlisi olmayan sağlık personeli, suçun niteliği fark etmeksizin mesleğini icra ederken karşılaştığı her türlü suç belirtisini bildirmekle yükümlüdür. Doktrinde sağlık personeli bakımından getirilen bu şekildeki geniş bildirim yükümlülüğünü aşırı bulan bir görüş de mevcuttur¹⁴².

Bütün bunların yanında yine 765 sayılı Kanun'daki düzenlemeden farklı olarak 5237 sayılı Kanun'un ilgili düzenlemesine göre ihbar edilecek ya da aleyhinde yetkili makamlara bildirimde bulunulacak kişinin bu sebeple cezai bir takibat ile karşılaşması söz konusu olsa bile sağlık personeli bakımından bildirim yükümlülüğü devam etmektedir. 765 sayılı eski TCK'da ise, yardıma ihtiyaç duyan kişinin cezai takibata

¹³⁹ Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, 1412; Zafer, "Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK M. 280)", s. 1338; Erbaş, **Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğü**, s. 129; Kayaer, **a.g.e.**, s. 2039; Giyik, **a.g.e.**, s. 190.

¹⁴⁰ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 1308; Nizamettin Aydın, **a.g.e.**, s. 25.

¹⁴¹ 765 sayılı TCK, Madde 530: "Hekim, cerrah, ebe yahut sair sıhhiye memurları şahıslar aleyhinde işlenmiş bir cürüm asarını gösteren ahvalde sanatlarının icabettiği yardımı ifa ettikten sonra keyfiyeti adliye veya zabıtaya bildirmezler yahut ihbar hususunda teahhur gösterirlerse bu ihbar kendisine yardım ettikleri kimseyi takibata maruz kılacak ahval müstesna olmak üzere otuz liraya kadar hafif cezayı nakdiye mahkum olurlar."

¹⁴² Bkz. Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 1309.

maruz kalacağı durumlar bildirim yükümlülüğünün istisnası olarak öngörülmüştü. Bu bakımdan eski kanundaki düzenleme bu anlamda daha isabetli görülmektedir¹⁴³. Zira aksi takdirde hekimin sır saklama yükümlülüğünün en önemli dayanağı olarak çalışmamızın başından beri ele aldığımız güven unsuru zedelenmiş olacaktır. Nitekim bir kişi adli bir olaya karışmış ve aynı zamanda tıbbi yardıma ihtiyaç duyuyor ise hastaneye veya herhangi bir hekime başvurmadan ceza tehdidi sebebiyle çekinecek, sağlık ve yaşam hakkına bu şekilde hanel gelmesi söz konusu olabilecektir.

Doktrinde bu düzenlemelerin, 136. maddede düzenlenen suç bakımından, zorunluluk hali kapsamında incelenmesi gerektiğini ifade eden yazarlar mevcutsada¹⁴⁴ burada hekimleri iki suç tehdidi arasında bırakacak bu yaklaşımın yerinde olmadığı kanaatindeyiz. Zira kanun hükmünün yerine getirilmesi bir hukuka uygunluk sebebi olarak karşımıza çıkmakta, bu sebeple mevcut fiili suç olmaktan çıkarmakta ve suçun oluşumuna engel olmaktadır. Buna karşılık zorunluluk hali bir hukuka uygunluk sebebi değil, suç oluştuğu tespitinden sonra ele alınacak ve kusurluluk kapsamında değerlendirilecek bir durumdur. Bu sebeple, 136. maddede düzenlenen suç bakımından da 279 ve 280. maddelerde düzenlenen ve hekimlere yüklenen görev ve yetki karşısında, bu görevin yerine getirilmesi halinde hekimleri yine bir suç tehdidi olan TCK'nın 136. maddesi ile karşı karşıya bırakmak hakkaniyete aykırı olacaktır. Bu sebeple bu iki hükmü, kanun hükmünü yerine getirme şeklindeki hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirmek daha uygun bir yaklaşım olacaktır.

Suç ile ilgili bildirim yapılabacağı bahsi geçen yetkili makamlar ise savcılıklar, kolluk görevlileri, hakim veya mahkeme makamları, valilikler ile hekimin görev yaptığı sağlık kurumunun yetkililerini de içine alan bir grup olarak kabul edilmektedir¹⁴⁵. Bu bildirim yükümlülüğünün istisnası da Anayasa'nın madde 38/5

¹⁴³ Bkz. Zafer, "Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK M. 280)", s. 1332; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 1310; Sevinç Arslan Hızal, "Yeni Türk Ceza Kanununda Sağlık Personelinin İhbar Yükümlülüğü", (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), **Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, 2006, ss. 32-33.

¹⁴⁴ Yılmaz, **a.g.e.**, s. 191.

¹⁴⁵ Kayaer, **a.g.e.**, s. 2040; Bir görüşe göre buradaki yetkili makamlar yalnızca CMK'nın 158. maddesi çerçevesinde suç ihbarını kabul etmek hususunda yetkili olan makamlardır. Özelsağlık kuruluşunun yöneticileri bu kapsama girmez: Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, s. 1413; Üzülmmez, **a.g.e.**, s. 835.

hükmüdür. Bu hüküm uyarınca hekim, kendisinin veya yakınlarının cezai takibatla karşı karşıya kalacakları durumlarda bildirim yükümlülüğü altında değildir¹⁴⁶.

Hekimin gördüğü suç belirtilerini ilgili makamlara ihbar etme yükümlülüğü karşısında, tanıklıktan çekinme hakkına sahip olduğu durumlarda hasta tanıklığa rıza göstermezse ve hekim de buna rağmen tanıklık yaparsa sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmiş olacağını savunan yazarlar bulunmaktadır¹⁴⁷. Ancak yukarıda değindiğimiz maddeler ve açıklamalar dikkate alındığında hekimlerin bir suç belirtisiyle karşılaştığı durumda somut olay bakımından yapılacak değerlendirme suçun aydınlatılmasına ilişkin adli yararı bireyin özel hayatının gizliliğine ilişkin yarara üstün geleceğini gösteriyorsa hekimin bildirim yükümlülüğü altında bulunduğu anlaşılabacaktır.

Bu hususta doktrinde tanıklıktan çekinme hakkının suç bildiriminin söz konusu olmadığı durumlarda tanınması gerektiği ifade edilmektedir¹⁴⁸. Diğer bir anlatımla suçun bildirilmesi ile adli makamlar tarafından öğrenilen bir suçun soruşturulması ya da kovuşturulması sırasında tanıklık etmek birbirinden farklı olgulardır. Dolayısıyla bu görüşe göre hekimin henüz öğrendiği bir suç belirtisini ilgili makamlara bildirmemesi şeklindeki davranışı açısından tanıklıktan çekinme hakkının bulunması bir hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilemeyecektir¹⁴⁹.

279 ve 280. madde hükümleri dikkate alındığında, doktrinde hekimlerin ve özellikle kamu görevlisi olmayan hekimlerin bu şekilde çok geniş ve sınırsız bir bildirim yükümlülüğü altında bırakılmaları ve aksi takdirde ceza tehdidi ile karşı karşıya kalmaları hakkaniyete aykırı bulunmaktadır. Zira hekimlerin asli görevi kişilerin sağlığı ve yaşam hakları için çalışmaktır. Buna karşılık bahsi geçen düzenlemelerle hekimleri hem asli görevlerine gölge düşürecek şekilde başka ağır yükümlülükler altına sokmak¹⁵⁰ hem de tıbbi müdahale ilişkisinin temel prensibi olan güven unsurunu zedeleyecek davranışta bulunmaya zorlamak yerinde bir yaklaşım

¹⁴⁶ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 1311, 1312.

¹⁴⁷ Zeytin, **a.g.e.**, s. 81; Sevik, “**Tıp Ceza Hukukunda Kişisel Verilerin Açıklanması**”, s. 794; Hekimin tanıklıktan çekinme hakkı bulunmasına rağmen tanık yapması durumunda hastaya tazminat ödemekle yükümlü olacağı da ifade edilmektedir: bkz. Ayan, **a.g.e.**, s. 99.

¹⁴⁸ Zafer, **a.g.e.**, s. 1340; Erbaş, **Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğü**, s. 170.

¹⁴⁹ **A.e.**

¹⁵⁰ **A.e.**, s. 74.

değildir. Bu sebeple, hekimlerin bildirim yükümlülüğünün bu anlamda dar kapsamlı tutulması gerektiği ifade edilmektedir¹⁵¹. Bunun yanında Alman hukukunda suç belirtisi ile karşılaşan hekimlerin bildirim yükümlülüğü altında bulunmasalar bile bildirimde bulundukları takdirde hukuka uygunluk nedeninden faydalanacakları, buna karşılık Amerikan hukuk sisteminde çocuk istismarı, bulaşıcı hastalıklar ve silahla yaralama gibi sınırlı özel durumlarda bildirimin bir zorunluluk olarak ele alındığı ve hatta yalnızca ilgili makamlara bildirimin değil, hastanın kendisi veya diğer kişiler bakımından bir zararın doğmaması için gerekli tüm önlemleri almanın da sağlık personeli bakımından bir zorunluluk olarak ele alınması yaklaşımı bulunduğu ifade edilmektedir¹⁵². Ayrıca Fransız hukukunda da sağlık mesleği mensuplarının sır saklama yükümlülüğü açısından suçu bildirme durumu bir hukuka uygunluk nedeni olarak ele alınmış bunun yanında, somut olayın özelliklerine göre sağlık mesleği mensubunun bildirimde bulunmak hususunda takdir yetkisi olduğu kabul edilmiştir¹⁵³.

Yine bir kanun hükmünün yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeni olarak daha önce bahsi geçen, hakim, savcı gibi yargılama makamları önünde hekimin sır saklama yükümlülüğü altında bulunmadığı hususu da incelenmelidir. Burada ilk olarak kamu görevlisi hekimler bakımından CMK 161/4 maddesi uyarınca savcılık tarafından kamu görevlilerinden istenen bilgi ve belgeleri verme yükümlülüğü gündeme gelecektir. Bunun yanında özel hastane ve muayenehanelerde çalışan diğer hekimler bakımından ise, yine CMK'nın 332. maddesi ile genel bir hüküm getirilmiş, savcılık ve mahkeme makamlarınca soruşturma veya kovuşturma aşamalarında istenen bilgi ve belge taleplerine kanunda belirtilen süreler içerisinde cevap verme zorunluluğu olduğu belirtilmiştir. Bu hükümler uyarınca yargılama makamlarının talepleri üzerine ve bu doğrultuda hastanın sırrını açıklayan hekimin, kanun hükmünü yerine getirmesi sebebiyle sır saklama yükümlülüğünü ihlalden sorumluluğu doğmayacağı düşünülebilir. Ancak burada da bildirim yükümlülüğü karşısında sır saklama yükümlülüğünün çatıştığından bahsetmek mümkündür. Bu sebeple doğrudan

¹⁵¹ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 1314; Erbaş, **Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğü**, s. 161.

¹⁵² Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 1239.

¹⁵³ Sabine Michalowski, *Medical Confidentialty and Crime*, England, Ashgate Yayınevi, 2003, s. 76'dan aktaran: Erbaş, **Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğü**, s. 67.

bildirim yükümlülüğü bulunduğunu kabul etmek her durumda yerinde bir çözüm olmayacaktır. Burada yukarıda ele aldığımız tanıklıktan çekinme hakkı gündeme gelmelidir. Bu itibarla bildirim davranışı ile sır saklama yahut tanıklıktan çekinme davranışı ile korunan hukuki değerler açısından bir değerlendirme yapmak yerinde olacaktır.

Bu bakımdan hukuka uygunluk sebebi olabilecek bir diğer kanun hükmü de CMK'nın 159. maddesidir. Buna göre, şüpheli bir ölümün söz konusu olduğu durumlarda hekimin de dahil olduğu kanunda sayılan kişilerin Cumhuriyet Savcılığına bildirimde bulunmaları gerektiği hüküm altına alınmıştır¹⁵⁴.

Sağlık çalışanlarının suçu bildirmemesi suçunu düzenleyen TCK 280. maddesi ile yukarıda değindiğimiz yargılama makamlarına bilgi verilmesini düzenleyen kamu görevlisi hekimler bakımından CMK'nın 161/4. ve özel hastane ve muayenehanelerde görevli hekimler bakımından CMK'nın 332. madde hükümleri açısından yukarıda yapılan açıklamalar saklı kalmak kaydıyla, hekim ve diğer hastane personelinin; hakim, mahkeme veya savcılık makamı haricinde bilgi talep eden diğer kamu kurum ve kuruluşlarına ve kolluk görevlilerine kural olarak bilgi verme yetkisi bulunmamaktadır¹⁵⁵. Bu bakımdan hekimin hastanın kimlik bilgileri de dahil olmak üzere istisna olarak saydığımız ve mevzuatta mevcut diğer hükümler hariç olmak üzere bilgi talebinde bulunan hiçbir makama bilgi vermemesi gerekmektedir. Aksi yönde hareket ettiği takdirde sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmesi sebebiyle cezai ve hukuki sorumluluğu doğacaktır. Nitekim Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun ek 7. maddesinin 6. fıkrası uyarınca da bilgi ve belge talebinde bulunan kamu kurum ve kuruluşlarının ilgili mevzuat gereğince bilgi vermekten kaçınması halinde, ancak hakim kararı ile bu bilgilere ulaşılabileceği hüküm altına alınmıştır¹⁵⁶.

Bu açıklamalara ek olarak, esasen bu suç bakımından genel olarak yalnızca sayılan iki hukuka uygunluk nedeninin uygulama alanı bulacağı kabul edilse de şekli anlamda kanun hükmü ile düzenlenmiş olan hakkın kullanılması şeklindeki hukuka uygunluk sebeplerinin de bu suç bakımından kabul edilmesine engel teşkil edecek

¹⁵⁴ Nizamettin Aydın, **a.g.e.**, s. 24; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 1237.

¹⁵⁵ Ayan, **a.g.e.**, s. 99; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 1248.

¹⁵⁶ Bkz. (Çevrimiçi) <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.3.2559.pdf> 13 Mayıs 2022.

herhangi bir durum bulunmamaktadır. Bu itibarla Anayasanın 36. maddesinde düzenlenen savunma dokunulmazlığı da bu suç bakımından hukuka uygunluk nedenleri arasında sayılmaktadır¹⁵⁷. Hekimin bir davada kendini savunmak adına dava ile ilgili ve davayı etkileyecek olanlarla sınırlı olarak hasta ile ilgili bilgileri yargılama makamları ile paylaşması sır saklama yükümlülüğünün ihlali bakımından hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmektedir¹⁵⁸. Esasen hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilen savunma dokunulmazlığının anayasada düzenlenmesi hasebiyle, bu durum yukarıda zikredilen Anayasa'nın 20/3 hükmüne aykırılık teşkil etmeyecektir.

3.2.5.2.2. Hastanın Rızası

Hastanın rızası, TCK 26/2. madde uyarınca işlenen fiili hukuka uygun hale getirecektir¹⁵⁹. Bu anlamda, hukukun izin verdiği belli konularda, kişinin başkaları tarafından yapılacak müdahale ve tasarruflara rıza göstermesi, bu fiilleri hukuka uygun hale getirmektedir¹⁶⁰.

TCK madde 136 bakımından da kişisel verilerin veri sahibinin rızası dahilinde verilmesi, yayılması ya da ele geçirilmesi hareketleri hukuka uygun sayılacaktır. Hekimin sır saklama yükümlülüğü bakımından ise hastanın rızası bulunması durumunda sırrın ifşa edilmesi hukuka uygun sayılacaktır. Sır saklama yükümlülüğünü düzenleyen Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 9. maddesinin 2. fıkrası da hastanın rızası olması durumunda hekimin sır saklama yükümlülüğü altında

¹⁵⁷ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 1240; Erem, **a.g.e.**, s. 840.

¹⁵⁸ Aynı yöndeki bir AİHM kararı için bkz. yukarı s. 95.

¹⁵⁹ Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s. 48.

¹⁶⁰ Özgenç, **a.g.e.**, ss. 366-367; Özbek, Doğan, Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, ss. 335-337; Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, ss. 288-293; Koca/Üzülmöz, rızayı kanuni tanımda yer verilen rıza bakımından tipikliği kaldırır rıza ve bunun dışında hukuka aykırılığı kaldırır rıza şeklinde ikiye ayırarak incelemektedir. Ayrıca bu hususun hata bahsinde de önemli olduğunu, tipikliği kaldırır rıza söz konusu olduğunda hatanın varlığı halinde failin kastının bu rızanın yokluğunu da kapsamı gerektiğinden failin kastı kalkacaktır; Hafızogulları, Özen, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, ss. 226-227.

bulunmadığını belirtmektedir¹⁶¹. Söz konusu rızanın açık veya örtülü olabileceği ifade edilmektedir¹⁶².

TCK madde 136'daki suç bakımından ise fiili hukuka uygun hale getirebilecek rızanın açık olması gerektiği kabul edilmektedir¹⁶³. KVKK'nın kişisel verilerin işlenmesi ile ilgili 5. ve aktarılması ile ilgili 8. maddelerinde öngörüldüğü üzere, kişisel verilerin ancak kişinin açık rızası olduğu durumlarda işlenebilmesi mümkündür. Bunun yanında açık rıza şartının aksine hastanın, kendisini tedavi eden hekimi, bu husus ile ilgili bir davaya tanık olarak çağırması veya hastanın teşhis ve tedavi süreçlerinin tamamında yanında bulundurduğu bir yakınına hastalığı ile ilgili bilgi aktarılması gibi durumlarda örtülü rızanın varlığı ve bu rızanın da fiili hukuka uygun hale getirdiği kabul edilmektedir¹⁶⁴. Zira katı şekilde açık rızanın aranması kanaatimizce hekimlerin bu suç bakımından sorumluluk alanını katlanılamaz ölçüde genişletecektir.

Açık ve örtülü rızanın yanında varsayılan rıza da söz konusu olabilir. Hastanın rıza açıklamasının mümkün olmadığı ölüm ve şuur kaybı gibi durumlarda, kişisel verilerin korunmasına yönelik yararlarının, ihlal edilecek diğer yararlar karşısında daha ağır basmayacağını saptanması halinde hastaya ait bilgilerin gerekli kişi ve kurumlara aktarılması söz konusu olabilir. Bu doğrultuda hastanın yakınlarına hastalığının veya hastaneye başvuru yaptığının haber verilmesi gibi durumlarda, hastanın daha önceden bu hususlarda aksi yönde bir rıza açıklaması da mevcut değilse varsayılan rızadan bahsedilebilir¹⁶⁵. Doktrinde bu durumda hastanın önceki tedavi süreci gibi hususlar göz önünde bulundurularak farazi iradesinin araştırılması gerektiği

¹⁶¹ (Çevrimiçi) https://www.ttb.org.tr/kutuphane/h_etikkural.pdf 27 Haziran 2022; Sevrük, “**Tıp Ceza Hukukunda Kişisel Verilerin Açıklanması**”, s. 801; Ayan, **a.g.e.**, s. 99; Aydın, **a.g.e.**, s. 22.

¹⁶² Ayan, **a.g.e.**, s. 99.

¹⁶³ Korkmaz, **a.g.e.**, ss. 463-464; KVKK'nın tanımlar başlıklı 3. maddesinin 1 -a bendi uyarınca da açık rıza; kişinin bilgilendirilmesinden sonra hür iradesi ile verdiği rızayı ifadeyi etmektedir.

¹⁶⁴ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 1233; Aydın, **a.g.e.**, s. 23; Sert, **a.g.e.**, s. 120; Bir görüşe göre, rıza açısından KVKK ile TCK madde 136 arasında ayırım yapılmalıdır. 136. maddeye göre özel norm niteliği taşıyan KVKK hükümleri kapsamında kişisel verilerin işlenmesi durumunda kanunun düzenlemesi gereği yalnızca açık rıza geçerli olabileceken bunun dışında kalan ve 136. maddenin uygulama alanına giren durumlarda ise açık veya örtülü rıza geçerli olabilecektir. Aynı görüşe göre, kanuni düzenleme bu şekilde bir yaklaşımı gerektirse de açık rıza yalnızca özel nitelikli kişisel veriler için uygulanmalıdır. Börekçi, **a.g.e.**, s. 100; Aysun, **a.g.e.**, s. 166.

¹⁶⁵ Sevrük, “**Tıp Ceza Hukukunda Kişisel Verilerin Açıklanması**”, s. 802; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 1235; Aydın, **a.g.e.**, s. 23.

de savunulan görüşler arasındadır¹⁶⁶. Nitekim hastanın yaşam ve sağlık hakkı gibi yararlarının ihlalini gerektiren durumlarda hekimlerin, sır saklama yükümlülüğü karşısında bu yararlar öncelik vereceği açıktır.

Rıza bakımından özellik arz eden bir başka husus ise konsültasyon ihtiyacıdır. Hekimin ekip çalışmasını gerektiren durumlarda tedavi ile ilgili konsültasyon ihtiyacı dahilinde, diğer hekimlere hasta ile ilgili bilgi aktarması durumunda sır saklama yükümlülüğünün ihlali hususu gündeme gelecektir. Burada acil durumlar dışında hastanın açık rızasının alınması gerektiğini savunan yazarlar bulunmaktadır¹⁶⁷. Ancak isabetli olan görüşe göre, böyle durumlarda varsayılan rızanın söz konusu olduğu kabul edilmekte, ancak bu durumda hukuka uygunluk ve tıbbi müdahale ilişkisinin güven içeriği doğrultusunda hastanın kimlik bilgilerinin gizli tutulması gerektiği ifade edilmektedir¹⁶⁸. Bu doğrultuda genel olarak hekimin sır saklama yükümlülüğü altında bulunan diğer yetkili hekimlere hasta ile ilgili gerekli bilgileri aktarması şeklindeki konsültasyon durumunun sırrın ifşa edilmesi sayılmayacağı kabul edilmektedir¹⁶⁹.

Bir başka özel durum olarak reşit olmayan çocukların rızalarının bu noktadaki geçerliliği hususu incelemeye değerdir. Nitekim bu çocukların tıbbi müdahaleye maruz kalacakları durumlarda genel eğilim ebeveyninin haberdar edilmesi şeklindedir. Ancak rıza beyan etme yaşında olmasa bile kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olan sırlarının saklanması hakkında, reşit olmayan çocuklar da yararlanacaktır¹⁷⁰. Zira kanunun özel olarak yaş şartı koymadığı düzenlemeler bakımından rıza beyanı için ehliyet, kişinin temyiz kudretine sahip olmasına göre belirlenmekte; bunun için küçüğün rızanın anlamını, sonuçlarını ve önemini anlayabilecek kapasitede olması aranmaktadır¹⁷¹. Reşit olmamış çocukların maruz kalacağı birçok tıbbi müdahale için

¹⁶⁶ Büyükay, **a.g.e.**, s. 393.

¹⁶⁷ Yılmaz, **a.g.e.**, s. 187.

¹⁶⁸ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 1233, 1234; Sevik, “**Tıp Ceza Hukukunda Kişisel Verilerin Açıklanması**”, s. 803; bazı yazarlara göre burada varsayılan rıza değil örtülü rızadan söz edilmelidir: Aydın, **a.g.e.**, s. 23; Cin, **a.g.e.**, s. 65.

¹⁶⁹ Erem, **a.g.e.**, s. 839.

¹⁷⁰ Yılmaz, **a.g.e.**, ss. 188-189.

¹⁷¹ Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 296; Hafızoğulları, Özen, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 228; Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s. 334; Centel/Zafer/Çakmut, diğer çocuklar bakımından inceleme yapmadıklarından yalnızca 12-18 yaş aralığındaki çocukların rızalarının geçerliliğinin tartışılabilirliğini savundukları söylenebilir; Ancak Yargıtay Ceza Genel Kurulu, çocukların özel hayatlarının gizliliği ile ilgili suçlarda; ancak 15 yaşından büyük ve temyiz

veli veya vasinin de rızası aransa da, özellikle gizliliğe ilişkin haklar bakımından bir görüşe göre 14 yaşını¹⁷², bir başka görüşe göre de 16-17 yaşlarını¹⁷³ dolduran çocukların yetişkin gibi değerlendirilebileceği ifade edilmektedir. Bu çocukların tıbbi müdahaleye ve dahi gizlilikle ilgili hususlarda rıza verebileceği, dolayısıyla bu yaşlardaki bir çocuğun bilgilerinin ailesinden saklanabileceğine karar vermek konusunda yetkili olduğu belirtilmektedir¹⁷⁴. Dolayısıyla bu yaşlardaki çocuklar bakımından hekimin, ailelerine karşı sır saklama yükümlülüğü doğacak, diğer durumlarda hekim, çocuğun sırrının saklanması hakkındaki yararı ile ailenin bilgilendirilmesi hakkı ve gerekliliği arasında makul bir denge gözeterek ve her durumda çocuğun yaşam, sağlık gibi yararlarını göz önünde bulundurarak ve önceleyerek bir karara varacaktır¹⁷⁵. Rızasına geçerlilik tanınacak çocuğun belirlenmesi, bu hususta kesin bir hüküm bulunmadığından hekim için zorlayıcı olacak gibi görünse de hekimin bu değerlendirmeyi yaparken çocuğun yaşından ziyade rıza beyan etme yeteneğinin hangi ölçüde olduğunu değerlendirerek karar vermesi daha uygun olacaktır.

Önceki bölümlerde değindiğimiz üzere hastanın rızası, sırrın ifşasını hukuka uygun hale getirirse de, TMK 23. madde ve Hasta Hakları Yönetmeliği 23. madde uyarınca kişilik haklarının aşırı derecede, hukuka ve ahlaka aykırı şekilde sınırlandırılması, devri yahut bu haklardan tamamen vazgeçilmesi anlamına gelen rıza açıklamaları, hekimin hasta hakkındaki bilgileri açıklamasını hukuka uygun hale getirmeyecektir. Rızanın niteliği ile ilgili önemli bir nokta da rızanın kapsamıdır. Rıza hangi fiiller için ve ne ölçüde verilmişse, fiil ancak o sınırlar içerisinde hukuka uygun hale gelecektir¹⁷⁶.

kudretine sahip olmaları halinde rızalarının geçerli olacağını belirtmiştir, bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2013/551 E. 2014/311 K., 10.06.2014 tarihli kararı, (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> 22 Haziran 2022; Yargıtay başka bir kararında; yaş sınırı belirtilmeyen suç düzenlemeleri açısından, çocuğun buradaki rızasının geçerliliğinin; failin davranışının meşru amaca yönelik olup olmadığı ile değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir, bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2017/248 E. 2020/160 K. 10.03.2020 tarihli kararı, (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> 22 Haziran 2022; Akbulut, **a.g.e.**, s. 572.

¹⁷² Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 1227.

¹⁷³ Jonathan Herring, **Medical Law and Ethics**, Oxford University Press, 5. Basım, 2014, s. 258.

¹⁷⁴ **A.e.**

¹⁷⁵ Hakeri, **Tıp Hukuku**, ss. 1226-1227.

¹⁷⁶ Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, ss. 726-727.

Ayrıca rızanın her aşamada varlığının belirlenmesi, hastanın verdiği rızadan cayma ihtimali olduğu hususu göz önünde bulundurularak tespit edilmelidir¹⁷⁷.

Bütün bu açıklamaların yanında belirtmek gerekir ki doktrinde, genel bir hukuka uygunluk sebebi olan ilgilinin rızasının kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçu bakımından uygulama alanı bulamayacağı şeklinde bir görüş de yer almaktadır. Bu görüşe göre, suçun şikâyetle bağlı olmaması, kişinin üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği bir hakkı korumakta, ayrıca bu durum, bu suç düzenlemesiyle bireysel menfaatlerden çok kamusal menfaatlerin korunduğu anlamına gelmektedir¹⁷⁸. Ancak bu görüş isabetli bulunmamaktadır. Zira muhakeme şartı niteliğinde bir kurum olarak şikâyetle böyle bir vasıf yüklemek, kişisel veriler bakımından zaten dar kapsamlı olarak öngörülmüş olan hukuka uygunluk nedenlerini daha da daraltacak, kişisel verileri işleyen sorumluları ve konumuz özelinde hekimi oldukça zor durumda bırakacaktır. Ayrıca bu suçun daha çok kamu menfaatlerini koruduğunu iddia etmek, suçla korunan hukuki değer de kişinin özel hayatı değil, kamusal alanla ilgili bir başka değer olduğunu kabul etmek anlamına gelir. Bu suçla korunan hukuki değer kişinin özel hayatı, kişisel verilerinin gizliliği gibi hususlar olduğu konusunda doktrinde görüş birliği bulunmakta, ayrıca ilgili suç kanunun kişilere karşı suçlar bölümünde düzenlenmektedir. Nitekim kişisel veriler üzerinde de kanuni sınırlamalar dışında bireylerin tasarruf hakkı olduğu, bireylerin kişisel verilerinin geleceğini belirleme haklarının bulunduğu¹⁷⁹ hususları da göz önünde bulundurulduğunda, şikâyet şartı aranmadığı için bu suç bakımından ilgilinin rızası hukuka uygunluk sebebinin geçerli olmadığı anlayışı yerinde değildir¹⁸⁰.

3.2.5.2.3. Hekimin Hukuka Uygunluk Nedenleri Hususunda Hataya Düşmesi

Hukuka aykırılık ibaresine özel olarak yer verilen suç tipleri açısından söz konusu hukuka aykırılık ibaresinin suçun maddi unsurlarından birini oluşturmadığı, genel olarak hukuka uygunluk sebeplerine işaret ettiğinin kabul edildiğine yukarıda

¹⁷⁷ Yılmaz, **a.g.e.**, s. 186, 187.

¹⁷⁸ Özbek, Doğan, Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 594.

¹⁷⁹ Yılmaz, **a.g.e.**, s. 186.

¹⁸⁰ Korkmaz, **a.g.e.**, s. 467; Börekçi, **a.g.e.**, s. 99; Şeyma Sert, **a.g.e.**, s. 146.

değinilmişti. Bu itibarla TCK'nın 136. maddesi bakımından hukuka aykırılık ifadesi ile ilgili hata halinde maddi unsurlarda hata değil, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hataya ilişkin değerlendirme yapılması gerektiği belirtilmektedir¹⁸¹. Hukuka uygunluk nedenleri hususunda hataya düşen hekim açısından ceza sorumluluğunun nasıl belirleneceği ise ayrıca incelemeye değer bir husustur. Bu inceleme failin hukuka uygunluk nedenlerinde hataya düşmesi durumunda hangi hükmün uygulanacağı sorusu ekseninde yapılmaktadır.

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarının da maddi unsurlar gibi failin kastının kapsamında olması gerektiği şeklindeki görüşe göre, failin bu sebepler hususundaki hatası maddi unsurlarda hataya ilişkin değerlendirmelere tabidir¹⁸². Dolayısıyla failin hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarına ilişkin bir hataya düşmesi halinde TCK'nın hata hususunu düzenleyen 30. maddesinin 1. fıkra hükmü gereğince bu durum, maddi unsurlarda hataya ilişkin hükümlere göre ele alınmalı ve failin kastını kaldırmalıdır¹⁸³. Her ne kadar 30. maddenin 3. fıkrası TCK'nın sistematığına uygun biçimde hukuka uygunluk sebeplerini de ifade edecek şekilde ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlerde hatayı düzenlemiş ve bu hususta söz konusu olacak hatanın kaçınılmaz olması durumunda yararlanılacak bir hata olması gerektiğine vurgu yapmışsa da bu görüş taraftarları hukuka uygunluk

¹⁸¹ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 1243.

¹⁸² Bu görüşe dayanak oluşturan sınırlı kusur teorisi ve aynı neticeye hukuka aykırılık unsurunu da tipikliğe dahil etmek suretiyle ulaşan tipikliğin olumsuz unsurları teorisi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 298, 299; Özbek, Doğan, Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 436, 437; Özgenç, **a.g.e.**, 526, 527; Artuk, v.d., **a.g.e.**, s. 653.

¹⁸³ Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 301; Özgenç, **a.g.e.**, s. 527; Artuk, v.d., **a.g.e.**, s. 653; Akbulut, **a.g.e.**, s. 608; aynı doğrultudaki bir görüşe göre ise bu durumda failin tipikliğe ilişkin kastı gerçekleşmişken haksızlık kastı mevcut değildir, bu sebeple failin kastının mevcut olmadığı kabul edilmelidir. Ancak burada doğrudan 30/1 hükmünün uygulanması mümkün değildir. Zira hukuka aykırılık unsuru suçun maddi unsurlarına dahil değildir. Bu bağlamda hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında düşülecek hata kaçınılmaz ise 30/3 hükmü uygulama alanı bulurken, bu hatanın kaçınılabılır olması durumunda hangi hükmün uygulanacağı hususunda bir boşluk bulunmaktadır. Bu durumda kıyasen 30/1 hükmü uygulanmalı, failin taksire ilişkin sorumluluğu araştırılmalıdır : Neslihan Göktürk, "Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Yanılgının Hukuki Niteliği", **Ceza Hukuku Dergisi**, Ed.: Veli Özer Özbek, C. 9, S. 26, 2014, ss. 7-30, s. 23, 27.

nedenlerinin maddi şartlarında hata halinde 30/3 hükmünün uygulanmasını yerinde görmez¹⁸⁴. Zira 3. fıkradaki kaçınılmazlık ibaresi kusura ilişkin bir ibaredir¹⁸⁵.

Örneğin hekimin, hasta tarafından yapılmış bir rıza açıklaması olmamasına rağmen somut olayda usulüne uygun şekilde açıklanmış bir rızanın var olduğunu düşünmesi gibi bir durum söz konusu olabilir. Hastanın 18 yaşından küçük olması veya akıl hastalığı sebebiyle rıza açıklamaya ehil olmaması durumunda hekimin, hastanın bu koşullarını bilmeden somut olayda geçerli bir rıza açıklaması bulunduğunu düşünmesi halinde yukarıdaki inceleme gündeme gelmelidir. Bunun yanında hekimin hastanın zımnî olarak rıza gösterdiğini düşünmesi durumunda da aynı değerlendirme yapılmalı, konu hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata bağlamında incelenmelidir¹⁸⁶. Burada somut olay bakımından bir hukuka uygunluk nedeni mevcut değildir. Diğer bir deyişle hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarından biri veya birkaçı gerçekleşmemiştir. Ancak hekim bu durumu yanlış tasavvur etmekte, hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarına ilişkin hataya düşmektedir. Bu durumda yukarıdaki görüş takip edildiğinde fail olan hekimin söz konusu hatası maddi unsurlarda hataya ilişkin hükümler kapsamında değerlendirilecek ve 30/1 hükmü uyarınca hekimin suç fiiline ilişkin kastının bulunmadığı tespit edilecektir¹⁸⁷. Dolayısıyla hekim hakkında beraat kararı verilmesi gerekecektir.

Karşı yöndeki bir görüş ise hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarının kastın kapsamında olması gerekliliğini kabul etmez¹⁸⁸. Buna göre hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hatayı kastı kaldıran hata olarak değil, TCK'nın 30/3 hükmü uyarınca kusuru etkileyen, kaçınılmaz olması durumunda yararlanılabilecek bir

¹⁸⁴ Özbek, Doğan, Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 437, 438; Buna karşılık doktrinde mevcut bir yaklaşıma göre ise hukuka uygunluk nedenlerinin var olup olmaması hususunda hataya düşülmesi ile var olan bir hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarında hataya düşülmesi ayrı ayrı ele alınması gereken iki durumdur. İlk durumda yukarıda yapılan açıklamalardan farklı olarak 30/1 değil 30/4 hükmünün uygulanması gerektiği zira failin fiilinin hukuk düzeni ile çeliştğini bilmemesi şeklinde bir haksızlık hatasının mevcut olacağı belirtilmektedir: Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 301; Özbek, Doğan, Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 434; Özgenç, **a.g.e.**, 527; Artuk, v.d., **a.g.e.**, s. 655.

¹⁸⁵ Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, ss. 300-302.

¹⁸⁶ **A.e.**, s. 567.

¹⁸⁷ Özgenç, **a.g.e.**, s. 528, 531.

¹⁸⁸ Söz konusu görüşün temelini oluşturan katı kusur teorisi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Artuk, v.d., **a.g.e.**, ss. 652-653; Özgenç, **a.g.e.**, 526; Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 299; Özbek, Doğan, Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 437.

hata olarak benimsemek gerekir¹⁸⁹. Bu görüş takip edildiğinde yukarıdaki örnekte fail olan hekimin kastının hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarını kapsamaması gerekmeyeceğinden, bu şartlar bakımından hekimin düşeceği hata TCK'nın 30/3 hükmü bağlamında değerlendirilecektir¹⁹⁰. Buna göre hekimin hatası kaçınılmaz ise diğer bir deyişle hekimin tasavvuru gerçek olsaydı fiili hukuka uygun hale gelecek idiyse fail bu hatasından yararlanır¹⁹¹. Buna karşılık hekimin bu husustaki hatası kaçınılmaz değilse bu hatasından yararlanamayacaktır.

Somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni bulunduğu halde fail olan hekimin bu hukuka uygunluk nedeninin var olduğunu bilmemesi de mümkündür. Söz gelimi hekim suç işlediğini düşünerek hastanın kişisel verilerini madde metninde sayılan hareketlerle ilgisiz kişilerle paylaşmaktadır. Ancak söz konusu paylaşım hasta rıza göstermiş olabilir yahut bu paylaşımı hukuka uygun hale getiren bir mevzuat hükmü bulunabilir. Ancak fail olan hekim bu hukuka uygunluk nedenlerinden habersiz şekilde suç işlediğini düşünerek hareket ettiğinde hekimin sorumluluğu nasıl belirlenecektir? Bu durumda ayrıca bir değerlendirme yapılmalıdır. Bu husus ile ilgili doktrindeki yazarlar ikiye ayrılmaktadır.

Birinci grup yazarlar failin hukuka uygunluk sebeplerinden yararlanabilmesi için hukuka uygunluk sebeplerinin objektif olarak varlığının yanında, failin bu sebeplerin maddi şartlarının gerçekleştiğinin de bilincinde olması gerektiğini ifade etmektedir. Sübjektif teori olarak adlandırılan bu teori taraftarlarına göre, failin hukuka uygunluk sebebinden yararlanabilmesi için hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarının fail tarafından biliniyor olması gerekir. Söz gelimi hekimin hastaya ilişkin kişisel verileri TCK'nın 136. maddesinde sayılan hareketlerle ilgisiz kişilerle paylaşması gibi bir durumda kişisel veri sahibi hastanın bu paylaşım rızası mevcut olsa da söz konusu rıza hekim tarafından bilinmiyor olabilir. Bu durumda sübjektif

¹⁸⁹ Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s. 438; Demirbaş, **a.g.e.**, s. 289.

¹⁹⁰ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 1243.

¹⁹¹ Demirbaş, **a.g.e.**, s. 293.

teoriye göre somut olayda mevcut olan ancak failin bilmediği rıza, fiili hukuka uygun hale getirmez¹⁹².

Buna karşılık objektif teoriyi benimseyen yazarlar, hukuka uygunluk sebeplerinin somut olayda objektif olarak var olmasını yeterli görmekte, failin hukuka uygunluk sebebinin maddi şartlarının gerçekleştiğini bilmemesi durumunda bile bu hukuka uygunluk sebebinden yararlanacağını ifade etmektedir¹⁹³. Aksi yöndeki bir kabulün failin zihniyetinin cezalandırılması anlamına geleceği belirtilmektedir¹⁹⁴.

Bir başka ihtimal olarak hekimin madde metninde sayılan hareketlerle ilgisiz kişiler ile paylaştığı kişisel verilerin herkesçe bilinen veriler olduğunu diğer bir deyişle halihazırda aleniyet kazanmış veriler olduğunu düşünmesi durumunda nasıl bir değerlendirme yapılmalıdır? Hekimin ifşa ettiği kişisel verinin herkes tarafından bilindiğini zannetmesi durumunda, söz konusu kişisel verinin sır olduğunun bilinmemesi sebebiyle suçun konusuna ilişkin bir maddi unsur hatası söz konusu olduğundan failin kastını kaldıracağını ileri süren bir görüş mevcuttur¹⁹⁵. Ancak burada suçun kanuni tarifinde yer verilen konusu açısından bir hatanın olduğunu dolayısıyla maddi unsurlardan birinde hataya düğüldüğünü savunmak oldukça zordur. Zira madde metninde yalnızca kişisel veri ifadesi kullanılmıştır. Bunun yanında ne bu madde metninde ne de kişisel verinin tanımına yer veren kanun hükümlerinde kişisel verinin gizliliğine ilişkin bir nitelikten bahsedilmiştir. 136. maddenin uygulama alanının, herkesçe bilinmeyen ve özel hayata dahil olan kişisel veriler olarak belirlenmesinin, kişisel veri kavramının geniş kapsamlı olarak ele alınmasının bu suçun uygulanması bakımından yol açacağı olumsuz bazı sonuçları önlemek amacıyla, doktrin ve uygulamada geliştirilen bir yorum yöntemi olduğu hususu göz önünde

¹⁹² Özbek, Doğan, Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 282; ayrıca bu teoriye taraftar olan bazı yazarlara göre, buradaki hukuka uygunluk sebebi neticenin haksızlığını ortadan kaldırmakta ise de failin haksızlığını ortadan kaldırmadığından fail, kastettiği suça teşebbüsten cezalandırılmalıdır: Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, ss. 269-272, Özgenç, **a.g.e.**, s. 530; Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 269; Artuk, v.d., **a.g.e.**, s. 655; Akbulut, **a.g.e.**, s. 608; Göktürk, “Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Yanılgının Hukuki Niteliği”, s. 18, 20, 21.

¹⁹³ Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, ss. 303-304; Demirbaş, **a.g.e.**, s. 289, 292.

¹⁹⁴ Selman Dursun, Ali Emrah Bozbayındır, “Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Manevi Unsurları Meselesi”, **İÜHF**, C. 73, S. 1, 2015, ss. 63-90, s. 87.

¹⁹⁵ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 1244.

bulundurulmalıdır. Bu sebeple kişisel verinin gizliliği hususunda düşülen hata bir maddi unsur hatası olarak kabul edilmemelidir. Buna karşılık bu durumda kişisel verinin ifşa edilmesinin hukuka aykırı olduğu hususunda hataya düşüldüğü akla gelebilecektir. Nitekim kişisel verinin veri sahibi tarafından alenileştirilmiş olması durumu, KVKK'nın 5. maddesi uyarınca kişisel verilerin işlenmesi bakımından bir hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlenmektedir. Kişisel verinin alenileştirilmiş olması sebebiyle hukuka uygun olarak işlenmesinin söz konusu olduğunu kabul edebileceğimiz bu durumda kişisel veriler ile ilgili işlem ve paylaşımların da hukuka uygun olduğu belirtilebilir. Bu itibarla burada fiilin hukuka aykırılık unsuru hususunda, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında failin hataya düştüğünü kabul etmek yerinde olacaktır. Bu bakımdan yukarıda konunun başında ele aldığımız tartışma uyarınca yine iki farklı görüş gündeme gelecektir. Bunlardan ilki kabul edildiğinde burada TCK'nın 30/1 hükmü uygulama alanı bulacak ve failin bu husustaki hatası kastını kaldıracaktır. Dolayısıyla fail olan hekimin kastı bulunmadığından ve suçun taksirli şekli de düzenlenmediğinden hekim açısından TCK'nın 136. maddesindeki suçun oluşmadığı kabul edilebilir.

Hekimin sır saklama yükümlülüğünün diğer hekimlere karşı geçerli olmadığını, diğer hekimlere bu hususta bilgi aktarmasının hukuka uygun olduğunu düşündüğü durumda ise hukuksal hata söz konusu olacak, TCK'nın 30/4 hükmüne göre hata kaçınılmaz ise hekim bu sebeple cezalandırılmayacaktır¹⁹⁶. Ancak hekimin kişisel verilerin sahibi olan kişiler hususunda bir hataya düşmesi halinde, bu hata esaslı bir hata kabul edilmemiş, fail olan hekimin bu hatasından yararlanamayacağı ifade edilmiştir¹⁹⁷.

3.2.6. Suçun Nitelikli Unsurları

Bazı suçlar bakımından suçun temel şeklinin yanında, öngörülen cezayı hafifleten veya ağırlaştıran birtakım nedenlere de yer verilir. Bu nedenlerin bulunduğu durumlarda suçun nitelikli halinin mevcut olduğundan bahsedilir. Bu hallerde suçun temel şekline ek olarak aranan bu hususlar, fiilin içerdiği haksızlığı ağırlaştırmakta

¹⁹⁶ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 1244.

¹⁹⁷ Hafızoğulları, Özen, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler-Kişilere Karşı Suçlar**, s. 291.

yahut hafifletmekte olduğundan nitelikli haller suçun maddi unsurlarına dâhil kabul edilmekte, bu sebeple de failin fiilin bu nitelikli halinden cezalandırılabilmesi için kastının bu unsuru da kapsamı gerektigi ifade edilmektedir¹⁹⁸.

TCK madde 136'da düzenlenen suç bakımından nitelikli hal olarak TCK'nın 137. maddesinde iki durum belirlenmiştir:

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

Burada sayılan nitelikli hallerden ikisi de hekimler bakımından önem taşımaktadır. TCK'nın 136. maddesindeki suça vücut veren fiilin hekimler tarafından işlendiği her olayda bu nitelikli hallerden biri uygulama alanı bulacaktır¹⁹⁹. Zira kamu görevlisi olan bir hekim açısından 1. fıkra hükmü uygulama alanı bulacakken²⁰⁰ kamu görevlisi olmayan, örneğin özel muayenehane işleten bir hekim açısından da 2. fıkra hükmü uygulama alanı bulacaktır. Ancak bazı istisnai durumlarda hekimin 136. maddedeki suçu işlemiş olmasına rağmen nitelikli hal fail olan hekime uygulanmayabilecektir. Zira kamu görevlisinin bu suçu işlediği durumlarda, fail olan kamu görevlisi bakımından bu nitelikli halin uygulanabilmesi için görevi dolayısıyla sahip olduğu yetkiyi kötüye kullanmak saikiyle hareket etmiş olması aranmaktadır²⁰¹. Ayrıca bu nitelikli halin uygulanabilmesi için kamu görevi ile bağlantılı olan kişisel verilerin verilmesi, yayılması ya da ele geçirilmesi gerekirken, failin bu fiili kamu görevini ifa ettiği sırada işlemesi şart değildir²⁰². Yargıtay bu konuda verdiği bir kararda hekim olan sanığın hastane otomasyon sisteminden mağdur kadının cep telefonu numarasını rızası olmadan ele geçirmesi olayı için sanığın fiilini görevinin

¹⁹⁸ Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 142, 143, 146; İçel, **a.g.e.**, s. 306.

¹⁹⁹ Malkoç, **a.g.e.**, s. 2200; Hakeri, **Tıp Hukuku**, 1243; Aydın, **a.g.e.**, s. 26; Sevik, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 503; Çalışkan, **a.g.e.**, s. 98: Çalışkan'a göre kamu görevlileri görevleri haricinde bir meslek veya sanata sahip olamayacak, bu bakımdan kamu görevlileri açısından yalnızca 137/1-a hükmü uygulanacaktır.

²⁰⁰ TCK madde 6/1-c hükmüne göre kamu görevlisi; “kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, sürekli veya geçici olarak katılan kişi” dir. Bu bakımdan kamu hastanelerinde veya diğer kamu kurumlarında çalışan hekimler kamu personeli sıfatına sahip olabilecek, 137/1 hükmü uyarınca nitelikli halden cezalandırılabilir.

²⁰¹ Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 570; Gültaş, **a.g.e.**, s. 225; Özbek, Doğan, Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 583.

²⁰² Şeyma Sert, **a.g.e.**, s. 110; Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s. 4952.

verdiği yetkiyi kötüye kullanarak gerçekleştirmediği, hekimin bu suçu hekimlik sıfatıyla ilgili olarak işlemediği dolayısıyla 136. maddedeki suçun basit şeklinden cezalandırılması gerektiği sonucuna varmıştır²⁰³. İkinci fıkrada düzenlenen meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle fiilin işlenmesi şeklindeki nitelikli halin uygulanabilmesi için ise, failin bir meslek ve sanat sahibi olması ve bunun sağladığı kolaylıktan yararlanarak suçu işlemiş bulunması şeklindeki iki hususun ayrı ayrı değerlendirilmesi ve somut olayda kümülatif olarak gerçekleşmiş olması gerekmektedir²⁰⁴.

Belirttiğimiz gibi, kamu görevlisi hekimin sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmesi durumunda olduğu gibi somut olayda yukarıda sayılan nitelikli hallerden her ikisi de mevcut olabilir. Bu durumda fail açısından nitelikli halin iki kez uygulanarak cezanın iki kez artırılması söz konusu olmayacaktır. Dolayısıyla kamu görevlisi hekimin sır saklama yükümlülüğünü ihlal ettiği durumlarda fail açısından suçun nitelikli halinin işlenmiş olması sebebiyle ceza bir kez artırılacak, ancak bu durumda TCK'nın 61. maddesi gereği 137. madde çerçevesinde hükmedilen ceza artırılacaktır²⁰⁵.

7188 sayılı kanun ile TCK'nın 136. maddesinde düzenlenen bu suçta ikinci bir fıkra eklenerek nitelikli cinsel istismar suçundan mağdur olan çocukların ve cinsel saldırı suçunun mağduru olan kimselerin soruşturma evresindeki beyan ve görüntülerinin suça konu olması durumu cezayı ağırlaştıran bir nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Ancak hekimin sır saklama yükümlülüğü bağlamında bu fıkranın uygulanabilirliği bulunmadığından burada bu fıkrayı yalnızca zikretmekle yetinmekteyiz.

3.2.7. Kusurluluk

Suçun maddi ve manevi unsurları ile hukuka aykırılığını tespit ettikten sonra suçun oluştuğu kabul edilmektedir. Ancak failin cezalandırılabilmesi için suç fiili

²⁰³ Yargıtay 12. Ceza Dairesi, 2018/1187 E. 2018/6760 K. Sayılı 13.06.2018 tarihli kararı, (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> 27 Haziran 2022.

²⁰⁴ Yurtcan, **a.g.e.**, s. 374.

²⁰⁵ Börekçi, **a.g.e.**, s. 129, 130.

bakımından kusurlu olduğunun da tespit edilmesi gerekmektedir²⁰⁶. Bu bakımdan kusurluluk, işlediği fiil sebebiyle fail ile ilgili yapılan bir kınama yargısıdır²⁰⁷. Bu bağlamda failin kusurluluğunu etkileyen yahut kusurluluğu kaldıran bazı sebeplerin varlığı söz konusu olabilecektir. Bu bölümde hekimin sır saklama yükümlülüğü bakımından söz konusu olabilecek, failin kusurluluğunu kaldıran bir mazeret nedeni olarak zorunluluk halinden bahsedilecektir. Bunun dışında kusurluluğu etkileyen hata hallerine de değinilecektir.

3.2.7.1. Zorunluluk Hali

TCK'nın 25/2 hükmüyle düzenlenen zorunluluk hali kusurluluğu etkileyen bir sebep, bir mazeret sebebi olarak düzenlenmiştir. Zorunluluk hali durumunda fiilin hukuka uygun hale gelmediği ancak kusurluluğun etkilendiğine dikkat edilmelidir. Zira kusurluluğu etkileyen sebeplerin varlığı halinde failin fiili hukuk düzeni tarafından onaylanmamakta, haksızlık niteliği devam etmekte ancak failin kusurluluğu ortadan kalkmakta, failin fiili yalnızca mazur görülmektedir²⁰⁸.

Bu bakımdan zorunluluk hali, failin gerek kendisine gerek bir başkasına ait bir hakka yönelik ağır ve muhakkak bir tehlikeyi defetmek amacıyla, ihlal edilen değerler ve araçlar arasında bir orantının bulunması şartıyla işlediği bir fiilden dolayı cezalandırılmaması hali olarak özetlenebilecektir. Bu bakımdan üçüncü kişi yararına da bu kişinin talebinden bağımsız olarak zorunluluk hali mümkündür. Tehlikeden korunmak konusunda alternatif bir yolun bulunmaması ve tehlikeye bilerek sebebiyet

²⁰⁶ Özbek, Doğan, Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 355.

²⁰⁷ Özgenç, **a.g.e.**, s. 444; Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 311 Artuk, v.d., **a.g.e.**, s. 567.

²⁰⁸ Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 318, 347, 348; Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 365, 368; Artuk, v.d., **a.g.e.**, s. 581; Özgenç, **a.g.e.**, s. 480-482: Özgenç'e göre zorunluluk hali, kusurluluğu etkileyen sebeplerin bir görünüm şekli olarak mazeret nedenlerine dâhildir ve buna göre diğer kusurluluğu etkileyen sebeplerden farklı olarak faile ceza verilmemesinin yanında herhangi bir tedbir de uygulanmaz. Bunun yanında TCK madde 25 ve CMK madde 223 hükümleri uyarınca mevcut düzende zorunluluk halinin, bir hukuka uygunluk nedeni değil bir mazeret nedeni olarak ele alınması gerekmektedir. Benzer bir görüş için bkz.: Özbek, Doğan, Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 382; ancak bazı yazarlar zorunluluk halini bir hukuka uygunluk nedeni olarak ele almaktadırlar: Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s. 326; İçel, **a.g.e.**, s. 363; Hafızoğulları, Özen, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 221; Başka bir görüşe göre ise zorunluluk halinde koruma fiili ile ihlal edilen hukuki değer, tehlike ile ihlal edilecek olan değerden üstünse veya eşitse kusurluluğu etkileyen sebep; tehlike ile ihlal edilecek olan değer daha üstün ise hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmelidir. Timur Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Güncellenmiş 16. Baskı, Ankara, Seçkin, 2021, ss. 317-318.

verilmemesi de gerekmektedir. Ayrıca zorunluluk hali sebebiyle cezalandırılmayan fiil ile ihlal edilen hukuki değer, tehlike gerçekleşmiş olsaydı ihlal edilecek olan değerden daha üstün olmamalı veya eşit durumda olmalıdır. Bunun yanında tehlikeye katlanma yükümlülüğünün bulunmaması gerektiği de genel olarak kabul edilen şartlar arasındadır²⁰⁹.

Çalışmamızın bu kısmında hekimin sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmek suretiyle TCK'nın 136. maddesindeki suçu işlediği durumda mümkün olabilecek zorunluluk hallerinden bahsedilecektir. Bu zorunluluk hallerinden bazıları şu şekilde sayılabilir:

Burada öncelikle kanun hükmünün yerine getirilmesi hukuka uygunluk sebepleri başlığı altında yaptığımız açıklamalar hatırlanmalıdır. Bu itibarla kişisel verilerin işlenmesine ilişkin genel hukuka uygunluk sebeplerinin sayıldığı KVKK'nın 5/2-b maddesi uyarınca kişisel verilerin işlenmesi veya konumuz açısından düşünüldüğünde ifşası, veri sahibinin ve diğer kişilerin hayatı ve beden bütünlüğü açısından zorunlu olduğunda bu durum bir hukuka uygunluk nedeni olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak bu durumun bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilebilmesi aynı hüküm doğrultusunda yalnızca ilgili kişinin geçerli bir rıza açıklamasının var olmadığı hallerde mümkündür. Buna karşılık ilgili kişinin rıza açıklamasında bulunma ehliyetine sahip olması ve somut olay bakımından da fiili olarak rıza açıklama imkanı bulunmasına rağmen rıza açıklamasında bulunmaması, söz konusu verilerin bireylerin hayatı tehlikeleri sebebiyle ifşa edilmesi durumu için bir hukuka uygunluk nedeni değil, ilgili bölümde değindiğimiz üzere ancak zorunluluk hali teşkil edecektir.

Hekimin, genel olarak acil durumlarda, sadece tehlikeyi bertaraf edebilmek için gerekli asgari düzeyde veriyi açıklaması durumunda da zorunluluk hali söz konusu olacaktır²¹⁰. Ayrıca sır saklama yükümlülüğü kural olarak hastanın ailesine karşı da geçerlidir. Ancak ailenin hastanın durumu ile ilgili bazı tedbirler alması gereken

²⁰⁹ Özbek, Doğan, Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 396, 397; Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 350, 351, 352; Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s. 327; İçel, **a.g.e.**, s. 364, Aydın, **a.g.e.**, s. 25.

²¹⁰ Kayaer, **a.g.e.**, s. 2042, 2043; Şeyma Sert, **a.g.e.**, s. 147.

durumlar söz konusu olabilir²¹¹. Bu durumlarda varsayılan rıza bahsinde zikrettiğimiz gibi, hastanın önceden beyan ettiği aksi yönde bir talebi yoksa varsayılan rıza vardır veya mevcut durumda rıza beyan edebilecek durumda olup da yakınlarına veya ailesine durumuyla ilgili bilgi verilmesine rıza gösteriyorsa hekim bu bilgileri ailesi ile paylaşacaktır. Bu durumda rıza hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldırdığından fiil tipik olmayacaktır. Ancak açık, örtülü veya varsayılan rıza olmaksızın hekimin tehlikeli hale yönelik önlem alınması için bu bilgileri aktarması, zorunluluk hali kapsamında değerlendirilmelidir.

Önceki bölümde değindiğimiz hekimin kendisine karşı açılan bir davada kendisini savunmak adına hastanın sırlarını açıkladığı durumlarda sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmiş sayılmayacağı hususuna burada tekrar değinmek gerekir. Bu durumda hekimin kendi üstün menfaati söz konusu olduğunda sır saklama yükümlülüğünden kurtulacağı ifade edilmektedir. Zira hekimin böyle durumlarda hasta bilgilerini açıklamadan kendisini savunması oldukça zordur. Bu sebeple söz konusu durumlarda hekimin zorunluluk halinden yararlandığı kabul edilmektedir²¹².

Benzer bir durum olarak yine daha önce değindiğimiz reşit olmayan çocukların durumu, zorunluluk hali şeklinde de incelenebilir. Böyle bir durumda eğer ebeveynin çocuğu ile ilgili verileri öğrenmesi konusundaki yararı daha üstünse ve ebeveynin çocuğun durumu dolayısıyla sağlığı ve yaşamıyla ilgili tehlikeler bakımından birtakım önlemler alması gerekiyorsa hekim bu bilgileri ebeveynle paylaşmalıdır. Bu durumda da kusurluluğu etkileyen sebep olarak zorunluluk hali ortaya çıkacaktır. Akıl hastalığı gibi tedbir almayı gerektirecek durumların bildirilerek tedavi altına alınmasının sağlanması durumunda da zorunluluk hali söz konusu olacaktır²¹³.

Kanun hükmünün yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedenlerine ilişkin açıklamalarımız dikkate alındığında AIDS gibi başkalarının yaşam ve sağlık hakkını tehlikeye sokan hallerin varlığında ve kamu sağlığının korunması haricindeki

²¹¹ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 1225.

²¹² Kayaer, **a.g.e.**, s. 2042.

²¹³ Aydın, **a.g.e.**, s. 25.

durumlarda ilgili kişinin tehlike altındaki kişilerin bilgilendirilmesine rıza göstermemesi halinde yine zorunluluk halinden bahsedilebilir²¹⁴.

AIDS hastalığı toplum tarafından kınanma, ayıplanma ve benzeri tecrit edici durumlarla karşılandığından hekimin sır saklama yükümlülüğü de bu anlamda özel bir önem arz etmektedir²¹⁵. Ancak bulaş sonucu yaşam ve sağlık hakları tehlike altına girecek kişilerin varlığı da düşünüldüğünde sır saklama yükümlülüğünün bu hususta da mutlak olarak kabul edilmemesi gerekmektedir²¹⁶. Nitekim Dünya Tabipler Birliği Geçici AIDS Bildirisi'nin 7. maddesine göre de toplum sağlığı aksini gerektirmedikçe AIDS hastasının kimliği gizli tutulmalıdır²¹⁷. Buradan hareketle genel sağlığın ve bulaşmanın önlenmesi açısından hastanın kimliğinin açıklanabileceği durumların da söz konusu olacağı sonucuna ulaşılabilecektir. Bu hususta kamu sağlığının tehlikede olduğu durumlar bakımından KVKK'nın 6. maddesinin bir hukuka uygunluk nedeni olduğu, kamu sağlığı haricindeki tehlike hallerinde zorunluluk halinin söz konusu olacağı ifade edilmelidir.

Doktrinde tartışmalı bir husus olan AIDS hastasının eşinin bilgilendirilip bilgilendirilmeyeceği hususuna da önceki bölümde değinilmişti. Bu itibarla eşin bilgilendirilmesi açısından yukarıda saydığımız sebeplerden ve Hekimlik Meslek Etiği Kurallarının 9. maddesinden ötürü, sır saklama yükümlülüğünün bulunmadığını, bilakis bildirim yükümlülüğü altında olduğunu ifade eden görüşler bulunmaktadır²¹⁸.

²¹⁴ Nitekim özel nitelikli kişisel verilerden kişisel sağlık verileri ile cinsel hayata ilişkin kişisel verilerin kamu sağlığını tehdit eden durumlarda ifşa edilmesi KVKK'nın 6/3 maddesi uyarınca hukuka uygundur. AIDS zikredilen bu hassas düzeydeki özel nitelikli kişisel sağlık verilerinden biri kabul edileceğinden kişisel verilerin işlenmesine ilişkin genel kurala tabi değildir. Bu itibarla ilgili bölümde KVKK'nın 5/2-b hükmü uyarınca yapılan rıza açıklamasının bulunup bulunmaması değerlendirmesine de tabi olmayacaktır. Bu sebeple AIDS hastası kişinin genel olarak kamu sağlığını ilgilendirmeyen münferit düzeyde bireylerin hayati tehlikesine sebep olacağı durumlarda ifşa edilmesi 6. maddedeki kamu sağlığı şartı sağlanmadığından rıza açıklaması da yoksa ifşa edilemeyecektir. Böyle bir halde AIDS ile ilgili kişisel verilerin ifşası herhangi bir hukuka uygunluk nedeninden yararlanamayacağından ancak zorunluluk hali kapsamında ele alınabilir.

²¹⁵ Karasu, **a.g.e.**, s. 164.

²¹⁶ Özellikle son yıllarda içinde yaşadığımız Covid-19 pandemisi durumunda da bilgi gizliliği şeklindeki mahremiyet hakkının mutlak olarak kabul edilmemesi gerektiğine dair bkz. Allen, Anita, "Privacy and Medicine", **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Ed. Edward N. Zalta (Spring 2021 Edition), Çevrimiçi, <https://plato.stanford.edu/cgi-bin/encyclopedia/archinfo.cgi?entry=privacy-medicine> 18 Ekim 2022.

²¹⁷ Dünya Tabipler Birliği Geçici AIDS Bildirisi, ss. 59-60, (Çevrimiçi) https://www.ttb.org.tr/kutuphane/uluslararasi_belgeler.pdf , 14 Haziran 2022.

²¹⁸ Yılmaz, **a.g.e.**, s. 187, 188, 191, 192: yazara göre söz konusu bildirim, Sağlık Bakanlığı'nın 07.10.1985 tarihli, 3765 sayılı onayıyla AIDS hastalığının bildirimi zorunlu hastalıklar arasına dâhil

Buna karşılık hekimin bu hususta herhangi bir bildirim yükümlülüğü bulunmadığı ancak hekimin tıp etiğinin genel ilkeleri çerçevesinde hasta mahremiyeti hakkı ile bildirim durumunda korunması muhtemel yararlar arasında makul bir denge kuracak şekilde bir karara varması ve buna göre hareket etmesi gerektiği kabul edilmektedir²¹⁹. Nitekim daha önce bildirim zorunlu hastalıklara değinmiş, Sağlık Bakanlığı tarafından yayımlanan bir genelge ile bu hastalıklar arasına AIDS'in de dahil edildiğini belirtmiştik. Buradaki düzenlemenin şekli anlamda kanun niteliği taşınamaması sebebiyle, AIDS'in kamu sağlığını değil de münferit olarak fertlerin sağlığını tehlikeye düşürdüğü durumlarda 136. madde bakımından kanun hükmünün yerine getirilmesi hukuka uygunluk sebebi değil, zorunluluk hali kapsamında kusurluluğu etkileyen bir sebep olarak ele alınması gerektiği açıklamasını burada da hatırlatmakla yetiniyoruz.

AIDS ve diğer bulaşıcı hastalıklar bakımından ilgili mevzuat düzenlemelerinde yalnızca ilgili mercilere bildirim zorunlu tutulmuş²²⁰, eşe yapılacak bildirimde değinilmemiş, bu husus zorunlu hale getirilmemiştir²²¹. Bu bakımdan genel olarak eşe bildirimin zorunlu olmadığı ancak yapılacak etik bir değerlendirme sonucu ihlal edilen mahremiyet hakkı karşısında herhalde eşin yaşam hakkı ile ilgili yararı üstün geleceğinden hastalığın eşe bildirilmesi durumunda TCK'nın 136. maddesinde

edilmesine dayanmaktadır. Bu itibarla hastalığı ifşa edilmek zorunda kalan kişinin de kişilik haklarının zedelenmemesine dikkat edilerek bildirimde bulunulması gerekmektedir. Bunun yanında bu bildirim, AIDS hastasının eşinin yaşam hakkının korunması karşısında zorunlu olduğundan bildirimin zorunluluk hali kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir.

²¹⁹ Elif Kandilli, "Sağlık Hukukunda etik Açısından Kişisel Veriler ve Mahremiyet Hakkı", (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, 2019, s. 94,95; Dünya Tabipler Birliği Geçici AIDS Bildirisi'nin 8. maddesinde; "*Hasta bilgisinin gizliliğinin büyük oranda korunması mümkün iken, enfekte bir bireyin şüphe taşımayan cinsel eşini uyarmak için bir yöntem belirlenir. Yöntem, risk altındaki bireyleri uyarmak için profesyonel zorunluluk taşıyan hekime yeterli yasal koruma gücünü vermelidir.*" şeklinde görüş bildirilmiş, sağlıklı eşin yaşam hakkına öncelik tanınacak şekilde bir çözüm yoluna gidilmesi gerektiği vurgulanmıştır.

²²⁰ Bildirimi zorunlu hastalıklar konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. madde 3'ün göndermesiyle Ek 1 Liste; **Sağlık Bakanlığından: Bulaşıcı Hastalıkların İhbarı ve Bildirim Sistemi Hakkında Tebliğ**; R. Gazete Tarihi: 6.11.2004; R. Gazete Sayısı: 25635, (Çevrimiçi) <https://www.mevzuat.gov.tr/File/GeneratePdf?mevzuatNo=8580&mevzuatTur=Tebliğ&mevzuatTertip=5> 27 Haziran 2022.

²²¹ Kandilli, **a.g.e.**, s. 94.

düzenlenen suç bakımından zorunluluk hali gündeme gelecek, hekimin kusuru olmadığından cezalandırılmaması söz konusu olacaktır²²².

Buna karşılık hekimin bildirimde bulunmaması sonucu AIDS hastasının eşinin sağlık veya yaşam hakkına halel gelmesi, hastalanması yahut ölmesi durumunda hekimin bu neticeden sorumluluğu doğup doğmayacağı hususu ayrıca incelenmelidir. Burada kasten öldürme suçunun ihmali hareketle işlenmesi gündeme gelecektir. Dolayısıyla burada görünüşte ihmali suça ilişkin koşulların varlığı araştırılmalıdır. Bu doğrultuda, hekimin neticeyi önleme yükümlülüğü bakımından garantör olup olmadığı hususu incelenmelidir.

Önceki bölümlerde ifade ettiğimiz üzere hekimin hekimlik sözleşmesi ile bağlı olmadığı hastalar bakımından da teşhis ve tedavi yükümlülüğü olduğunu kabul etmek sorumluluk alanını katlanılmaz derecede genişleteceğinden bu durumun hakkaniyete uygun olmadığını kabul etmek gerekecektir. Buna karşılık hekim, hasta olmayan eşle de aralarında hekimlik sözleşmesinin bulunduğu durumlarda bu eşin de hekimi olacak, bu durumda AIDS hastasının eşi açısından garantör sayılacaktır. Bu durumda hekimin AIDS hastalığını bu eşle bildirmekle yükümlü olduğu ifade edilmektedir. Böyle bir durumda hekimin bildirimde bulunmaması ihmali hareketle yaralamaya veya öldürmeye teşebbüs hükümlerine göre cezalandırılmak mecburiyetindedir²²³.

Buna karşılık hekimin AIDS hastası olmayan eş ile arasında hekimlik sözleşmesi bulunmadığı için hasta olmayan eşin hekimi olmaması durumunda, garantör sıfatını da haiz olmaması sebebiyle bildirme yükümlülüğü bulunmayacaktır. Bu durumda hekimin hasta olmayan eşin hayat ve sağlık haklarını korumak için bildirimde bulunması halinde zorunluluk halinden yararlanacağına yukarıda değinmiştik.

Hekimin ihmali hareketle öldürmeye sebep olduğu durumlarda manevi unsur bakımından olası kasta da ayrıca değinmek gerekecektir. Zira olağan hayat akışı içerisinde hekimin bildirim ile ilgili bu şekilde bir ikilemde kaldığı durumda vereceği

²²² Kayaer, **a.g.e.**, s. 2043; yazar zorunluluk halini bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul ettiğinden burada hekimin bildirim şeklindeki davranışının hukuka uygun olduğunu ifade etmiştir; Aydın, **a.g.e.**, s. 26.

²²³ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 1242.

kararlardan biri, ilgili bölümde belirttiğimiz üzere sağlıklı eşin yaşam ve sağlık hakkını gözeterek eşe durumun bildirilmesi olabileceği gibi, sağlıklı eşin tehlike altında olan bu temel haklarını göz ardı ederek bildirimde bulunmaması şeklinde de olabilir. Bu ikinci durumda olası kastın varlığı gündeme gelecek, bu bakımdan da suçun görünüşte ihmali hareketle ve olası kastla işlenmesi söz konusu olacaktır. Görünüşte ihmali suçlar ile ilgili manevi unsur açısından doktrinde genel olarak failin; emredici normu ihlal edilerek beklenen hareketi yapmadığını, meydana gelecek neticeyi, bu neticenin önlenabilir olmasını ve garantör olması hasebiyle söz konusu neticeyi önleme imkanının bulunduğunu bilmesi ve istemesi gerektiği kabul edilmektedir²²⁴. Bu durumda kasten hareket ettiği söylenebilir de öngörülen neticeye yönelik doğrudan kastının bulunmaması da söz konusu olabilir. Bu doğrultuda ihtimal dahilinde öngörebildiği neticenin gerçekleşmesini kabullendiği durumlarda, olası kastının var olduğu kabul edilebilecektir²²⁵. Dolayısıyla hekim, eşlerden her ikisi ile de tıbbi müdahale ilişkisi içerisindeyken bildirimde bulunmayarak AIDS hastasının sağlıklı eşinin ölümüne veya yaralanmasına sebep olduğunda, kasten öldürmenin yahut kasten yaralamanın ihmali hareketle işlenmesi suçlarını olası kastla işlemiş sayılacaktır. Bu hususta doğrudan kastının bulunduğu durumlar saklıdır.

3.2.7.2. Kusurluluğu Etkileyen Hata

Kusurluluğu etkileyen bir sebep olarak zorunluluk halinin koşullarında hataya düşülmesi halinde TCK'nın 30/3. madde hükmü uyarınca failin hatası kaçınılmazsa bu hatasından yararlanacaktır. Söz gelimi hekimin AIDS hastasının eşini, onun sağlığının tehlikede olduğu düşüncesiyle hastalık hakkında bilgilendirmesi, ancak söz konusu çiftin uzun süre önce boşanmış olması durumunda fail olan hekim zorunluluk halinin şartlarından mevcut veya muhakkak bir tehlikenin var olduğu hususunda hataya

²²⁴ Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 411; Koca/Üzülmöz, failin somut olayda neticeyi önleme imkânının, bir başka deyişle garantörlük durumunun tipiklik içerisinde yer aldığı buna karşılık neticeyi önlemeye yönelik yükümlülüğü bulunduğunun diğer bir ifa deyle garantörlük yükümlülüğünün hukuka aykırılığa ve haksızlık bilincinin eksikliğine ilişkin olduğuna işaret etmektedir.

²²⁵ **A.e.**; Ayrıca genel olarak kasten işlenebileceği öngörülen suçların olası kastla da işlenebileceği kabul edildiğinden görünüşte ihmali suçlar bakımından da bu hususta özellik arz eden bir durum yoktur: Özbek, Doğan, Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 277, 501.

düşmüştür. Bu bakımdan hekim, 30/3 hükmü uyarınca söz konusu hata kaçınılmaz ise zorunluluk halinden yararlanacaktır.

3.2.8. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

3.2.8.1. Teşebbüs

Bu suç, bir sırf hareket suçu olduğundan ancak icra hareketlerinin parçalara bölünebildiği durumlarda teşebbüs kabul edilebilir²²⁶. Nitekim soyut tehlike suçları da nitelik itibariyle sırf hareket suçu olduklarından aynı değerlendirmeye tabi tutulmaları gerektiği ifade edilmektedir²²⁷.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında hekimin sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmesi sebebiyle TCK'nın 136. maddesinde düzenlenen kişisel verileri verme, yayma ve ele geçirme suçu bakımından bu suçun sırf hareket suçu niteliği göz önünde bulundurulduğunda, belirtilen hareketlerle kişisel verilerin gizliliğinin ihlal edilmesi şeklindeki fiilin teşebbüs aşamasında kalması da mümkün görünmektedir. Bu duruma örnek olarak hekimin hastasına ait sırları posta yoluyla bir başkasına gönderirken mektubun postada kaybolması durumu gösterilmektedir²²⁸. Görüldüğü üzere posta yoluyla kişisel verilerin aktarılması durumunda hareketin bölünmesi mümkündür. Böyle durumlarda teşebbüsün mümkün olduğu kabul edilebilecektir.

²²⁶ Özbek, Doğan, Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 229, 594; Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s. 472; Artuk, v.d., **a.g.e.**, s. 701; Hafızoğulları, Özen, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 323; Zafer İçer, **Suç Teşebbüsünde Hazırlık Hareketleri İle İcra Hareketlerinin Birbirinden Ayrılması**, İstanbul, Onikilevha, 2021, s. 27; İçel, **a.g.e.**, s. 532; İçel, sırf hareket suçlarına teşebbüsün mümkün olmadığını belirtmiş bu hususta herhangi bir istisnaya değinmemiştir; Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 414, 433; Koca/Üzülmüş, suçun icra hareketlerinin tamamlanmadığı durumlarda sırf hareket suçlarında kural olarak teşebbüsün mümkün olduğunu kabul etmektedir; Parlar, **a.g.e.**, s. 1555; Gültaş, **a.g.e.**, s. 226; Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 582; Soyaslan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 356; Korkmaz, **a.g.e.**, s. 474; Malkoç, **a.g.e.**, s. 2202; Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s. 4938; bu itibarla örneğin, ifşa kararı verilip kişisel verilerin verileceği ya da yayılacağı kişi ya da kişilerle ifşa amacıyla görüşmek üzere anlaşılması ancak fiili gerçekleştirmek üzere iken failin yakalanması durumunda teşebbüs söz konusu olacaktır; Şeyma Sert, **a.g.e.**, s. 148.

²²⁷ Özbek, Doğan, Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 456; İçer, **a.g.e.**, s. 311; soyut tehlike suçları bakımından da hareketin kısımlara ayrılabilirdiği durumlarda teşebbüsün mümkün olabileceği ancak teşebbüsün niteliği gereği ceza, ortaya çıkan zarar veya tehlikenin ağırlığına göre belirleneceğinden bu suçlar bakımından ceza belirlenemeyeceği ifade edilmektedir; Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s. 472, dipnot 76.

²²⁸ Yılmaz, **a.g.e.**, s. 184; İçel, **a.g.e.**, s. 533; İçel böyle bir örnekte hareket kısımlara ayrılabilirdiğinden teşebbüsün mümkün olabileceğini belirtmektedir.

Hekimin hastasının hastalığına ait bir veriyi, bir televizyon kanalında ifşa etmek üzere iken yayının kesilmesi durumunda da hekimin 136. maddede düzenlenen suça teşebbüsünün söz konusu olduğu ifade edilmektedir²²⁹.

Bunun yanında hekimin, hastaya ait bilgileri ilgisiz bir başka kişiye bir belge içeriğinde vermesi ve alan kişinin de bu belge içeriğine henüz vakıf olmadığı durumda, 136. maddedeki suçun teşebbüs aşamasında kaldığı ifade edilmektedir²³⁰. Buna karşılık doktrinde mevcut bir başka görüş, benzer bir durum olarak yayma hareketi bakımından verilerin yayılması için gerekli hareket gerçekleştirildiğinde içeriği başkaları tarafından öğrenilmese bile suçun oluştuğunu kabul etmektedir²³¹. Bu ikinci görüş doğrultusunda kişisel verinin yayma şeklindeki hareketle örneğin, görölme sayısı bilgisinin kontrol edilebildiği bir sosyal medya mecrasında paylaşılması ancak kimse tarafından görölmemesi durumunda suçun tamamlandığı var sayılacaktır. Buna karşılık bu durumda söz konusu kişisel veriye aleniyet kazandırıldığı, ancak kimsenin bu veriye vakıf olmaması sebebiyle gizliliğinin bozulmadığı dolayısıyla ifşanın gerçekleşmediği de kabul edilebilir²³². 136. maddedeki suçun TCK'nın *Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar* başlıklı bölümünde düzenlendiği dikkate alındığında, madde metninde düzenlenen verme, yayma ve ele geçirme şeklindeki hareketlerin gizliliği bozacak şekilde yapılmasının öngörüldüğü anlaşılabacaktır. Bu bakımdan yukarıdaki örnekte kişisel verilerin aleniyet kazanacak şekilde herkese açık

²²⁹ Sevik, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 503.

²³⁰ Nizamettin Aydın, *a.g.e.*, s. 27.

²³¹ Çetin Aşçıoğlu, *Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluk: Doktorların, Devletin ve Özel Hastanelerin Sorumluluğu*, Ankara, y.y., 1993, s. 47; Sert, *a.g.e.*, ss. 138-139.

²³² Aleniyet “*Açıklık*”; İfşa ise “*Gizli bir şeyi açığa çıkarma, yayma*” şeklinde tanımlanmaktadır. Çevrimiçi <https://sozluk.gov.tr/> 23 Kasım 2022; Nitekim doktrin ve Yargıtay tarafından benimsenen yaklaşımda TCK anlamında aleniyetin, belirlenemeyen ve çok sayıda kişi tarafından öğrenilmenin olanaklı olması olarak anlaşılması gerektiği, fiilen öğrenilme durumunun aleniyet için bir şart olarak aranmadığı ifade edilmektedir. Ayrıca yazarlar aleniyetin, TCK 125/4 hükmünde düzenlenen *Alenen Hakaret Suçu* bakımından ele alındığında ihtilat kavramı karşısında soyut bir durumda kaldığını, hakaretin içeriğini öğrenmenin ancak *ihtilat* şeklindeki somut durumu oluşturacağını, aleniyet için öğrenilme imkanının yeterli olduğunu ifade etmişlerdir: Gökcan, Artuç, *a.g.e.*, s. 4658, 4660; Tezcan, Erdem, Önok, *a.g.e.*, s. 656, 657; Ayrıca bkz. Özbek, Doğan, Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 513; Koca, Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 497; Yargıtay 18. C.D. 2017/6565 E. 2917/15177 K. sayılı 19.12.2017 tarihli Kararı; 4. C.D. 2022/8939 E. 2022/17752 K. sayılı 22.09.2022 tarihli Kararı, Çevrimiçi <https://karararama.yargitay.gov.tr/#collapseDetayl%C4%B1Arama> 27 Kasım 2022; Bu bakımdan başkaları öğrenmediği halde, öğrenilebilecek düzeyde açık hale getirilme durumu *aleniyet* ile açıklanabilirken, *ifşanın* başkaları tarafından öğrenilme şeklinde anlaşılması gerekmektedir.

hale getirilmesi ancak kimsenin vakıf olmaması suretiyle gizliliğinin bozulmaması durumunda suçun icra hareketinin parçalara ayrılabilirdiği bir durumun varlığından bahsedilebilecektir. Böyle bir durumda aleniyet sağlanmış olacak ancak gizlilik bozulmadığından 136. maddede düzenlenen suç teşebbüs aşamasında kalacaktır. Zira verilere aleniyet kazandırılmak suretiyle suçun icra hareketlerine başlandığı halde başkaları tarafından öğrenilmemesi sebebiyle söz konusu hareketin tamamlanamadığı kabul edilebilir.

3.2.8.2. İştirak

TCK'nın 136. maddesindeki düzenleme aslında iştirak bakımından genel bir suç düzenlemesidir. Dolayısıyla bu suça iştirakin her çeşidi mümkündür²³³. Bu suç, kişisel veriyi veren bir kişinin yanında alan bir kişinin varlığını da zorunlu kıldığından çok failli bir suç olarak kabul edilmekte, ancak alan kişinin hareketinin ele geçirme şeklinde olmaması durumunda cezalandırılmayacağı ifade edilmektedir²³⁴.

Suç tanımında düzenlenmiş bulunan hareketlerden birini veya birkaçını birlikte işleyen failler bakımından diğer koşullar da varsa iştirak hükümleri uygulanabilecektir. Seçimlik hareketlerden her birini ayrı ayrı işleyen değişik failler açısından ise iştirak hükümleri bağlamında müşterek faillğe ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi için birlikte suç işleme kararının ve bu hususta bir anlaşmanın söz konusu olması gerekmektedir²³⁵. Bu koşulların sağlanması halinde söz konusu durumda seçimlik hareketleri gerçekleştirenlerden her birinin müşterek fail olarak cezalandırılması gerekecektir.

İştirak bakımından 136. maddede düzenlenen suçun temel şekli bir özellik arz etmese de 137. madde ile beraber değerlendirildiğinde görünüşte özgü suç vasfını

²³³ Özbek, Doğan, Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 594; Parlar, **a.g.e.**, s. 1555; Gültaş, **a.g.e.**, s. 226; Yılmaz, **a.g.e.**, s. 184.

²³⁴ Koca, Üzülmaz, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 583; Özgenç, **a.g.e.**, s. 580: Özgenç, suçun işlenmesi için zorunlu olarak birden fazla kişinin bulunduğu, ancak bu kişilerin fail olarak cezalandırılmalarının gerekmediği bu gibi suçlar için *zorunlu şerikliğin söz konusu olduğu suçlar* nitelendirmesi yapmaktadır, Bu konuda ayrıca bkz. Koca, Üzülmaz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 446.

²³⁵ Korkmaz, **a.g.e.**, s. 475; Koca, Üzülmaz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, ss. 453-454; Özbek, Doğan, Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 526; Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s. 496; Artuk, v.d., **a.g.e.**, s. 736; İçel, **a.g.e.**, s. 557.

kazandığını daha evvel ifade etmiştik. Buradan hareketle hekimin sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmesi durumunda görünüşte özgü suça ilişkin kaideler uygulama alanı bulmalıdır. Buna göre suçun özel faillik vasfı taşıyanlar ile taşımayanlar tarafından birlikte işlendiği durumda TCK'nın 40. maddesinde düzenlenen bağıllık kuralı gereği özel faillik vasfı taşımayanlar açısından gerçek özgü suçlarda olduğu gibi yalnızca azmettirme ve yardım etme şeklinde bir iştirakin söz konusu olduğu düşünülebilecektir²³⁶. Ancak “*failliğin şerikliğe göre asliliği*” ilkesi gereği, bu kişilerin fiilleri suçun basit şeklinin kanuni tarifine uyduğundan sadece suçun temel şeklinden dolayı cezalandırılacak, özel faillik vasfı taşıyanlar ise suçun nitelikli şeklinden ‘fail’ olarak sorumlu olacaktır²³⁷. Buna göre hekimin ünlü bir kişi olan hastasının HIV pozitif olduğu şeklindeki bilgiyi herkese açık bir internet sitesinde paylaşması halinde hekimin 137/1-a hükmü uyarınca suçun nitelikli şeklinden cezalandırılmasına karşın hekime bu hususta yardım eden kişinin durumu 136. madde kapsamında değerlendirilmelidir.

Bağıllık kuralı gereğince hekimin hasta ile ilgili kişisel verileri başkalarına aktardığı durumlarda ilgili bölümde ifade ettiğimiz hukuka uygunluk sebeplerinden biri mevcutsa hekimin 136. madde kapsamındaki fiili hukuka uygun olduğundan bu suça iştirak eden kişilerin de cezalandırılmayacağı öne sürülmektedir²³⁸. Ancak bu durumda hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı bakımından genelgeçer bir değerlendirme yapılmamalı, fail olan hekimin ve şeriklerin bu hukuka aykırılığı bilip bilmemesi ihtimalleri ayrı ayrı incelenmelidir.

²³⁶ Zira görünüşte özgü suçlar bakımından faillik, fiil hakimiyetinin yanında suçun nitelikli haline ilişkin öngörülen özel faillik vasfının da fail açısından gerçekleşmiş olmasına bağlıdır: Muhammed Demirel, **Suçta İştirakte Bağıllık Kuralı**, İstanbul, Onikilevha, 2017, s. 121.

²³⁷ Malkoç, **a.g.e.**, s. 2202; Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, ss. 483-484; Koca/Üzülmüş'e göre böyle durumlarda asli norm-tali norm çatışması söz konusudur; bkz. **A.e.**, s. 556, 557; Artuk, v.d., **a.g.e.**, ss. 739-740; Özbek, Doğan, Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, ss. 539-540; Özbek/Doğan/Bacaksız, ceza'yı ağırlaştıran şahsi sebepler bakımından bu durumun sebebinin bağıllık kuralının yanında kanunilik ilkesine de dayandığını savunmaktadır; İçel, **a.g.e.**, s. 563; İçel, burada kanuni düzenlemenin yerinde olmadığını, özgü suçlara özel faillik niteliği taşımaksızın müsterek fail olarak iştirak eden kişilerin suçun bu vasfını biliyor olmaları halinde fail olarak cezalandırılmaları gerektiğini ifade etmektedir; Korkmaz, **a.g.e.**, s. 475; Bir görüşe göre bu durumda kamu görevlisi failin bu sıfatını bilerek suça iştirak eden kişilerin suçun nitelikli hali bakımından azmettiren ve yardım eden olarak sorumlu tutulacakları savunulmaktadır: Börekçi, **a.g.e.**, s. 166; Nizamettin Aydın, **a.g.e.**, s. 27.

²³⁸ Sevtik, “**Tıp Ceza Hukukunda Kişisel Verilerin Açıklanması**”, s. 809.

İlk ihtimalde fail olan hekimin ve şeriklerin olayda bir hukuka uygunluk nedeni bulunduğunu bildiği düşünülebilir. Bu durumda tartışma konusu olacak herhangi bir husus söz konusu olmayacaktır. Bağlılık kuralı doğrultusunda şeriklerin cezalandırılabilmesi için kasten işlenmiş ve hukuka aykırı bir fiilin varlığı gerekli olduğundan hem hekimin hem de şeriklerin fiilleri suç teşkil etmez.

İkinci ihtimalde hem fail olan hekimin hem de şeriklerin somut olayda mevcut hukuka uygunluk nedenini bilmemesi söz konusu olabilir. Böyle bir durumda yukarıda ilgili bölümde ele aldığımız hukuka uygunluk nedenlerinin fail tarafından bilinip bilinmemesi hususu ile ilgili objektif ve sübjektif teoriler gündeme gelmelidir. Bu ihtimalde objektif teori esas alınırsa olayda bir hukuka uygunluk nedeninin somut olarak bulunması yeterli olacağından hekim ve şeriklerin her ikisi bakımından da fiilin hukuka uygun olduğu ve suçun oluşmadığı kabul edilecektir. Buna karşılık sübjektif teori esas alınırsa olayda bir hukuka uygunluk nedeninin objektif olarak varlığının yanında failin de bu hukuka uygunluk nedenini bilmesi şartı arandığından bu ihtimalde hem hekim hem de şerikler açısından hukuka uygunluk nedeninin uygulanmayacağı kabul edilecek ve fiil her ikisi açısından da hukuka aykırı olacaktır²³⁹.

Üçüncü ihtimalde asıl fail olan hekimin olayda bir hukuka uygunluk nedeni bulunduğunu bilmesi ancak şeriklerin bilmemesi, dolayısıyla şeriklerin hukuka aykırı bir fiil gerçekleştirdiklerini düşünmesi durumudur. Yine objektif teori esas alınırsa somut olayda objektif olarak hukuka uygunluk nedeninin varlığı her durumda hem hekimin hem de şeriklerin fiilini hukuka uygun hale getirir. Öte yandan sübjektif teori esas alındığında ise hekim açısından özellikli bir durum bulunmayacak, hekimin fiili hukuka uygun kabul edilecektir. Buna karşılık şerikler açısından mevcut hukuka uygunluk nedeni bilinmese de bağlılık kuralı gereği failin fiili hukuka aykırı olmadığından suçun tamamlanmış şekline iştirakten söz edilemeyecektir. Bu durumda şerikler açısından teşebbüsün söz konusu olabileceği ifade edilmektedir²⁴⁰.

Dördüncü ihtimalde ise asıl fail olan hekimin olayda bir hukuka uygunluk nedeni bulunduğunu bilmemesi ancak şeriklerin bilmesi, diğer bir deyişle hekimin

²³⁹ Demirel, **Suçta İştirakte Bağlılık Kuralı**, ss. 419-420.

²⁴⁰ **A.e.**, s. 423.

hukuka aykırı bir fiil gerçekleştirdiğini düşünmesi durumudur. Bu durumda da objektif teori benimsendiğinde yukarıdaki açıklamalarla aynı sonuca ulaşılabacaktır. Subjektif teori benimsendiğinde ise TCK'da ele alınan bağıllık kuralı da dikkate alındığında şerikler kendi fiillerinin hukuka uygun olduğunu düşünseler de suçu işlemesine katkıda bulundukları hekimin hukuka aykırı bir fiil gerçekleştirdiği düşüncesi ile hareket ettiğini bilmekte ve bu çerçevede fiile katkı sunmaktadırlar. Subjektif görüş ve bağıllık kuralı genel anlamıyla birlikte değerlendirildiğinde burada failin haksızlık kastıyla hareket etmesi münasebetiyle hukuka uygunluk sebebinden haberdar olan şeriklerin sınırlı da olsa sorumluluğunun doğacağı ifade edilmektedir²⁴¹.

3.2.8.3.İçtima

Bu başlık altında içtima hükümlerinin hekimin TCK'nın 136. maddesindeki suçu işlediği durumlar bakımından özellik arz ettiği noktalara değinilecektir. Bu açıdan konumuz açısından önem arz etmeleri sebebiyle zincirleme suç ile fikri içtima hükümlerine yer verilecektir.

TCK'nın 136. maddesinde düzenlenen suça vücut veren ele geçirme, verme ve yayma hareketleri seçimlik hareketlerdir. Bunlardan herhangi birinin yahut hepsinin birlikte işlenmesi durumunda tek suç oluşacaktır. Buna ek olarak bu suç bakımından bir suç işleme kararının icrası kapsamında aynı kişiye karşı aynı suçun değişik zamanlarda birden çok kez işlenmesi anlamına gelen zincirleme suç düzenleyen 42. madde de uygulanabilecektir²⁴². Zira aynı suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda aynı kişiye karşı birden fazla kez bu hareketlerin gerçekleştirilmesi durumunda, örneğin aynı kişinin saklanması gereken kişisel verilerinin birden fazla kez verilmesinde, zincirleme suçun hukuki koşulları gerçekleşmiş olur²⁴³. Bu durumda fail açısından tek bir cezaya hükmolunur, faile verilecek bu ceza 43. madde uyarınca artırılır.

²⁴¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Demirel, **Suçta İştirakte Bağıllık Kuralı**, ss. 421-423.

²⁴² Özbek, Doğan, Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 595; Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 517.

²⁴³ Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s. 4939.

Buna karşılık aynı kişiye ait birden fazla farklı verinin aynı fiille başkalarına verilmesi yahut yayılması durumunda zincirleme suç hükümleri uygulanmaksızın tek bir suç oluşacaktır²⁴⁴. Buna karşılık seçimlik hareketli suçları incelerken değindiğimiz seçimlik hareketli suçlarda alternatif hareketlerden her birinin konusunun nesnel olarak aynı olması gerektiği hususuna binaen doktrinde bir görüş seçimlik hareketlerden her birinin farklı konular üzerinde birden fazla gerçekleştirilmesi durumunda birden fazla suç oluşacağını belirtmektedir²⁴⁵. Bu yaklaşıma göre aynı kişiye ait olsa da farklı kişisel verilerin ayrı ayrı verilmesi durumunda nesnel olarak konular farklı olduğundan birden fazla suç oluşacak, bu sebeple zincirleme suç hükümleri uygulanmayacaktır. Ayrıca bir kişiye ait verileri birden fazla kişiye vermek aynı maddede düzenlenmiş bulunan suça ilişkin bir başka hareket olan “yayma” hareketini oluşturacağından zincirleme suç hükümleri uygulanmaz.

Aynı neviden fikri içtimaya ilişkin TCK’nın 43/2 hükmü bakımından da 136. madde için özellik arz eden bir husus yoktur. Genel hükümlere göre kişisel verilerin verilmesi, yayılması ve ele geçirilmesi suçunun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da bu hükümde düzenlenen aynı neviden fikri içtima hükümleri uygulanacaktır²⁴⁶.

Yine bu suç 135. maddedeki verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi suçu ile birlikte değerlendirildiğinde hukuka aykırı olarak kaydetme ve başkasına verme ya da yayma hareketlerinin tek fiille gerçekleştiği durumlarda iki suç bakımından TCK’nın 44. maddesi uyarınca farklı neviden fikri içtimanın mümkün olduğu belirtilebilir²⁴⁷. Örneğin, kişisel verinin herkesçe ulaşılabilir bir internet sitesine kaydedilmesi durumunda aynı zamanda yaymak hareketi de gerçekleşmiş bulunacağından farklı neviden fikri içtimanın gündeme geleceği ve 44. madde gereği 135 ve 136. maddelerdeki suçlardan daha ağır cezayı gerektiren 136. madde hükmünün faile uygulanacağı ifade edilmektedir²⁴⁸. Buna karşılık hukuka aykırı

²⁴⁴ Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s. 4939; Gültaş, **a.g.e.**, s. 226; Malkoç, **a.g.e.**, s. 2201.

²⁴⁵ Özgenç, **a.g.e.**, s. 188.

²⁴⁶ Yılmaz, **a.g.e.**, s. 184.

²⁴⁷ Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 583.

²⁴⁸ Özbek, Doğan, Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 595; Yılmaz, **a.g.e.**, s. 185: yazara göre 136. maddede düzenlenen suç, kaydetmeyi de içine alan bir suçtur.

olarak kaydedilen verilerin daha sonradan başkasına verilmesi ya da yayılması durumunda gerçek içtima kuralları uygulanmalı ve fail hem 135. maddeden hem de 136. maddeden ötürü cezalandırılmalıdır²⁴⁹.

Fikri içtimanın bu suç bakımından bir başka görünüm şekli de bu suç ile birlikte hakaret veya tehdit yahut iftira gibi suçların da işlenmiş olduğu durumdur. Çalışmamızın konusu bakımından örneğin, bir hekimin hastanın hastalığı ile ilgili verileri yayması aynı zamanda hakaret teşkil ediyor olabilir. Bu halde de TCK'nın madde 44 hükmü uyarınca farklı neviden fikri içtima hükümleri gündeme gelebilecektir²⁵⁰.

Yine özel bir durum olarak hekimin hastaya ait kişisel verileri vermesi ya da yayması hareketinin karşılığında bir para veya bir başka menfaat sağlanmasını talep etmiş yahut bu şekilde bir anlaşma yapılmış veya uygulanmışsa 136. maddenin yanında, 252. maddede düzenlenen rüşvet suçu da gündeme gelecek ve bu iki suç bakımından gerçek içtima hükümleri uygulanacaktır²⁵¹. Burada akla fikri içtima hükümleri de gelebilecektir. Ancak rüşvet suçunda yalnızca kişisel verilerin verilmesi yayılması ya da ele geçirilmesi değil, rüşvet anlaşması gibi başka bazı hususlar da söz konusu olduğundan bu iki suç arasında farklı neviden fikri içtimanın uygulama alanı bulabileceğini kabul etmek mümkün değildir.

Bu suç ile 123. maddede düzenlenen kişilerin huzur ve sükununu bozma suçunun aynı fille işlenmesi de mümkündür. Örneğin, telefon numarası gibi bir kişisel verinin sırf huzur ve sükunu bozmak maksatlı paylaşılması durumunda TCK'nın 44. maddesi uyarınca farklı neviden fikri içtima hükmünün uygulama bulacağı ve bu itibarla cezası daha ağır olan 136 hükmü gereği failin cezalandırılacağı kabul edilebilir.

133. maddede haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu bakımından 2. fıkradaki kişiler arasındaki haberleşmenin ya da kendisiyle yapılan haberleşmenin içeriğinin ifşa edilmesi suçu ile 136. maddede düzenlenen suçun ilişkisi de içtima hükümleri

²⁴⁹ Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s. 4939.

²⁵⁰ Özbek, Doğan, Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 595; Malkoç, **a.g.e.**, s. 2202.

²⁵¹ Gültaş, **a.g.e.**, s. 226.

kapsamında incelenebilir. Bu haberleşmelerin içeriği bakımından kişisel verilerin ifşası da söz konusu ise iki suç bakımından yukarıdaki gibi farklı neviden fikri içtima hükümleri uygulanacak, cezası daha ağır olan madde hükmünden cezalandırma söz konusu olacaktır. Yine 133. maddede düzenlenen kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması suçu bakımından da 3. fıkrada düzenlenen bu şekilde elde edilmiş verilerin kişisel veri olması ve bunların ifşa edilmesi durumunda yine 133/3 hükmü ile 136. madde hükmünün aynı anda ihlal edilmesi söz konusu olacaktır. Bu durumda da 44. madde uyarınca farklı neviden fikri içtima hükümleri uygulanarak, cezası daha ağır olan 133/3 hükmü üzerinden cezalandırma yapılacaktır²⁵².

Bütün bunlara ek olarak ifşa edilen kişisel verilerin kişilere ait ses ve görüntü olması halinde uygulanacak hükmün belirlenmesi hususu doktrinde tartışmalıdır. Bu hususta ileri sürülen görüşlerden ilki failin, çalışma konumuz özelinde hekimin, hastanın veya diğer bir kişinin özel hayat alanından bir görüntü veya sesi vermesi veya yayması halinde 134/2 hükmü ile 136. madde hükümlerinin her ikisinin de uygulama alanı bulabileceğini, bu sebeple farklı neviden fikri içtima hükümlerinin uygulanacağı şeklindedir²⁵³. Buna karşılık bazı yazarlarca özel normun, niteliği gereği genel normun özellikleri yanında başka bazı özellikleri de bünyesinde barındırması gerektiği²⁵⁴, kişisel verilerin özel hayat alanına dahil olduğu, bu bağlamda 134. maddede düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçu karşısında 136. maddedeki kişisel verileri koruma altına alan suçun özel norm niteliği taşıyacağı ifade edilmiştir²⁵⁵. Üçüncü bir görüşe göre ise 134/2 hükmü bu verileri özel olarak düzenlediğinden 134. madde hükmü, 2. fıkrada düzenlenen görüntü ve seslerin ifşası halinde 136. maddeye göre özel norm olarak uygulama alanı bulmalıdır²⁵⁶. Burada farklı neviden fikri içtima hükümleri uygulanmayacak, yalnızca 134/2 maddesi uygulama alanı bulacaktır. Bu üçüncü görüşe katılmaktayız. Ancak bu görüşün şu şekilde ele alınması daha

²⁵² Korkmaz, **a.g.e.**, ss. 477-479.

²⁵³ **A.e.**, ss. 479-481.

²⁵⁴ Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 552; Özbek, Doğan, Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 578; Artuk, v.d., **a.g.e.**, s. 782; İçel, **a.g.e.**, s. 630.

²⁵⁵ İtişgen, **a.g.e.**, s. 198.

²⁵⁶ Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 583; Murat Volkan Dülger, **Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku**, Güncellenmiş 9. Baskı, Ankara, Seçkin, 2022, s. 545, 546.

isabetlidir: Söz konusu ses ve görüntülerin yalnızca kişinin gözlerden uzakta tutmak istediği özel alanına dahil olması durumunda 134/2 hükmünün özel norm niteliği taşıyacağı ve uygulama alanı bulacağı, buna karşılık kişinin günlük hayatı içerisinde, gizli tutma ihtiyacı duymadığı bir durumda elde edilmiş olması halinde 136. madde hükmünün uygulanacağı kabul edilmelidir²⁵⁷. Ses ve görüntü şeklindeki kişisel verilerin özel hayata dahil olması durumunda 134/2 hükmünün uygulanması gerektiği yaklaşımı, bir görüşe göre farklı neviden fikri içtima hükümlerine dayandırılmaktadır. Buna göre failin işlediği tek fiil, 134/2 ve 136/1 hükümlerinde yer alan suçların her ikisini de oluşturduğundan, fail burada 44. madde gereği cezası daha ağır olan 134/2 hükmünden cezalandırılmalıdır²⁵⁸. Ancak burada içtima hükümlerine başvurulmadan, mesele özel norm-genel norm çatışması içerisinde halledilmelidir. Zira belirttiğimiz gibi özel hayata dahil olan ses ve görüntü şeklindeki kişisel veriler söz konusu olduğunda 134/2 hükmünün öncelikli olarak uygulanmasının nedeni bu fıkranın söz konusu veriler bakımından özel norm niteliği taşımasıdır.

Bu bakımdan konunun başında değindiğimiz, bazı yazarlarca savunulan hekimin sır saklama yükümlülüğü bakımından TCK'nın 134. madde hükmünün ifşa edilen verilerin kişisel veri sayılmadığı durumlarda uygulama alanı bulacağı yaklaşımına bu noktada tekrar değinmekte fayda vardır. Zira ilgili bölümde gerçek kişilere dair her türlü verinin kişisel veri sayıldığını bu sebeple kişisel verilerin ifşası halinde 134 değil 136. madde hükmünün uygulama alanı bulacağını ifade etmiştik. Ancak yukarıdaki açıklamalarımız ışığında 134. maddenin yalnızca 2. fıkradaki ses ve görüntünün söz konusu olduğu durumlarda uygulama alanı bulacağı bunun haricinde, 136. maddenin özel norm olarak 134. madde karşısında öncelikle uygulanacağı

²⁵⁷ Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, s. 724; Yargıtay 12. C.D. 2017/150 E. 2017/6231 K. sayılı, 13.09.2017 tarihli kararı; 12. C.D. 2015/13582 E. 2017/3109 K. sayılı, 12.04.2017 tarihli kararı; 12. C.D. 2015/11112 E. 2017/637 K. sayılı, 01.02.2017 tarihli kararı, (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> 23 Eylül 2022; Börekçi, **a.g.e.**, s. 70; yazara göre, ses ve görüntü şeklindeki kişisel verilerin kapsamının özelyaşama ilişkin olanların ayrılması suretiyle daraltılması, kanunun lafzının ötesine geçerek yorum yapmak anlamına gelir ve bu durum kanunilik ilkesi açısından yerinde bir uygulama değildir; Batuhan Aktaş, **Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu**, İstanbul, Der Yayınları, 2017, s. 198; Fatih Kanmaz, **Özel Hayata Karşı Suçlar**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015, s. 149.

²⁵⁸ Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s. 4936, aynı yöndeki Yargıtay kararı için bkz. 12. CD. 2016/11750 E. 2017/8232 K. sayılı, 01.11.2017 tarihli kararı, (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> 23 Eylül 2022.

sonucuna ulaşılabacaktır. Görüldüğü üzere yine söz konusu görüntü ve sesler kişisel veri olmadığı için değil, bu veriler ile ilgili 134/2 hükmü özel norm niteliği taşıdığı için uygulama alanı bulacaktır.

Doktrinde mevcut bir görüş de TCK 132, 133 ve 134. maddelerde düzenlenen *Haberleşmenin Gizliliğini İhlal, Kişiler Arasındaki Konuşmaların Dinlenmesi ve Kayda Alınması ile Özel Hayatın Gizliliğini İhlal* suçlarının oluştuğu durumlarda 136. maddenin gündeme gelmeyeceğini, failin yalnızca bu suçlardan ötürü cezalandırılacağını, 136. maddenin uygulama alanı bulmasının ön şartının bu maddelerde düzenlenen suçların oluşmamış olması olduğunu ifade etmektedir²⁵⁹. Ancak bu görüşe katılmak güçtür. Zira bu görüşün kabul edilebilmesi için 136. madde karşısında diğer hükümlerin özel norm, 136. maddenin ise genel norm niteliğinde olması gerekmektedir. Ancak böyle bir durum söz konusu değildir. Buna karşılık özel norm-genel norm ilişkisi 134. madde ile sayılan diğer hükümlerin ilişkisi bakımından geçerlidir. Dolayısıyla doğru ifade şu şekilde olmalıdır: 132, 133, 135 ve 136. maddelerin oluştuğu durumda kural olarak 134. madde gündeme gelmeyecek, bu hükümler uygulama alanı bulacaktır.

Hekimin sır saklama yükümlülüğünü ihlal ettiği durumlarda kamu görevlisi hekimler açısından TCK'nın 257. maddesinde düzenlenen *Görevi Kötüye Kullanma Suçu* da gündeme gelebilecektir²⁶⁰. Bir görüşe göre 137. maddenin 1/a bendi karşısında 257. madde genel norm olarak kalacağından özel norma öncelik verilecek ve 137/1-a maddesi uygulama alanı bulacaktır²⁶¹. Buna karşılık bir diğer görüş ise 257. madde hükmünün 137/1 hükmü karşısında genel norm değil tali norm olarak nitelendirilebileceğini, zira faile 257. maddeden ceza verilebilmesi için failin işlediği fiilin başka bir suça vücut vermemiş olması gerektiğini ifade etmektedir²⁶². Gerçekten de 257/1 hükmü uyarınca görevi kötüye kullanma suçuna ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi söz konusu fiilin kanunda düzenlenen başka bir suça vücut vermemesine bağlıdır. Buradan hareketle 257. maddede düzenlenen görevi kötüye

²⁵⁹ Gültaş, **a.g.e.**, s. 226.

²⁶⁰ Soyaslan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 356.

²⁶¹ Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 570; Yılmaz, **a.g.e.**, s. 192.

²⁶² İtişgen, **a.g.e.**, s. 198.

kullanma suçunun, kamu görevlisi tarafından işlenen kişisel verileri verme, yayma ve ele geçirme suçu karşısında tali norm olarak kabul edilmesi, buna karşılık 137/1-a hükmünün asli norm olarak somut olay bakımından uygulanması gerektiği kabul edilmelidir.

Konunun başında değinildiği üzere hekimin sır saklama yükümlülüğünü ihlal ettiği durumlar bağlamında gündeme gelebilecek bir hüküm de TCK 258. maddede düzenlenen *Göreve İlişkin Sırrın Açıklanması Suçudur*. Bu hükmün daha çok kamu görevlisinin görevine ilişkin gizli bilgi ve belgeler açısından söz konusu olacağı, hekimin hastaya dair saklamakla yükümlü olduğu sırların bu kapsamda sayılamayacağı görüşüne ilgili bölümde yer vermiştik²⁶³. Söz konusu suç Kanun'un *Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar* bölümünde düzenlenmiştir. Buradan hareketle 258. maddede ihdas edilen suç düzenlemesi ile korunmak istenen hukuki değerin idarenin mahremiyeti olduğu ifade edilmektedir²⁶⁴. Buradaki sırdan anlaşılması gerekenin kamu idaresine ilişkin bilgi ve belgeler olduğu kabul edilmektedir²⁶⁵. Nitekim Yargıtay da bu madde bağlamında ele alınan sırrı “Özünde devlet sırrı olmayan veya yetkili makamların açıklanmasını yasaklamadığı, devlet güvenliğini ilgilendirmeyen ancak devletin idaresine ilişkin olan, kamu idaresinin menfaatlerini korumak, güvenilirliğini ve düzenli işleyişini sağlamak için devletin idari kurumlarının gizli tuttuğu bilgi ve belgelerdir.”²⁶⁶ tanımlamasıyla ele almıştır.

Bu çalışmada hekimin sır saklama yükümlülüğünü ihlali hususunu, hastaya dair bilgilerin ifşası temelinde ele aldığımızdan ve özellikle hastaya dair kişisel verilerin ifşasını incelediğimizden 258. maddenin bu kapsamda kural olarak inceleme alanımız dışında kaldığı ifade edilebilir. Ancak 258. maddenin kamu görevlisi hekimler bakımından uygulama alanı bulacağı durumlar da söz konusu olabilir. Bu itibarla kamu görevlisi hekimin görev yaptığı sağlık kuruluşuna ve genel olarak idari

²⁶³ Bkz. yukarı, s. 121.

²⁶⁴ Eylem Aksoy Retomaz, *Göreve İlişkin Sırrın Açıklanması, Özel Ceza Hukuku, Cilt IX, Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar*, İstanbul, Onikilevha, 2021, s. 277.

²⁶⁵ Zeki Hafızoğulları, Ezgi Aygün Eşitli, *Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar*, Ankara, U S-A Yayıncılık, 2014, s. 120.

²⁶⁶ Yargıtay 16. C.D. 2018/2088 E. 2018/2728 K. sayılı 20.09.2018 karar tarihli Kararı, Çevrimiçi, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> 24 Kasım 2022.

işleyişe ilişkin bilgi ve belgeleri ifşa etmesi durumunda bu madde bağlamında sorumluluğu doğacağı açıktır. Bu bağlamda hekimin sır saklama yükümlülüğünün kapsamına kamu idaresine ilişkin sırlar da dahildir. Bu sırların içinde hastalara ilişkin kayıtlar da mevcut olabilir. Dolayısıyla kamu personeli olan hekimin, ilgili sağlık kuruluşu veya genel olarak idarenin gizli tuttuğu bilgi ve belgelerden, hasta olan gerçek kişileri ilgilendiren hususların gizliliğini ihlal ettiği durumda hem 136. madde hem de 258. madde hükümleri gündeme gelebilir. Bu itibarla hasta ile ilgili hem kişisel veri hem de 258. maddede düzenlenen göreve ilişkin sır şeklindeki bilgi ve belgelerin hekim tarafından ifşa edilmesi durumunda bu iki maddeden hangisinin uygulanacağı bir sorun olarak karşımıza çıkar. Burada genel bir düzenleme olarak kişisel verilerin korunmasına hizmet eden 136. maddenin genel norm, özel olarak göreve ilişkin gizli bir bilgi ve belgenin korunmasına hizmet eden 258. maddenin özel norm olarak uygulama alanı bulacağı kabul edilebilir. Bu bakımdan kamu personeli olan hekimin görevine ilişkin ve aynı zamanda hastayı ilgilendiren bilgi ve belgeyi açıklaması durumunda 258. madde öncelikli olarak uygulanacaktır.

3.2.9. Suçun Kovuşturulması ve Yaptırımı

Madde metninde 2014 tarihinde yapılan değişiklikle cezanın alt sınırı bir yıldan iki yıla çıkarılmıştır. Bu tarihten sonra suçun kanunda öngörülen yaptırımı iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasıdır. Kanun koyucu bu suç bakımından seçimlik ceza olarak adli para cezası öngörmemiştir. Bu yaklaşımın özel hayatın gizliliğine verilen önemin bir uzantısı olduğu söylenebilecektir. 137. maddede düzenlenen nitelikli hallerin mevcut olması durumunda da verilecek ceza yarı oranında artırılabacaktır.

Esasen hakkaniyet anlayışımız ve hayatın olağan akışı değerlendirildiğinde, hekimin sır saklama yükümlülüğünü ihlal ettiği, örneğin bir hastasının başkalarının öğrenmesini istemediği bir hastalığını, sohbet esnasında yetkisiz kişilere anlatması durumunda hekimin iki ila dört yıl hapis cezası tehdidi ile karşı karşıya kalması ilk bakışta suça vücut veren fiil ile cezanın orantısız olduğunu akıllara getirebilmektedir. Cezanın alt sınırı bakımından da para cezasına çevrilemeyecek veya ertelenemeyecek düzeyde olması, bunun yanında adli para cezasının bir seçenek yaptırım olarak öngörülmemiş olması da göz önünde bulundurulduğunda hekimin sır saklama

yükümlülüğünü ihlal etmesi bakımından ve bunun dışında genel olarak kişisel verilerin hukuka uygunluk sebeplerinden biri mevcut olmaksızın ifşa edilmesi durumunda kanunen öngörülen cezanın yüksek olduğu düşünülebilecektir. Ancak bunun kişisel verilerin hassasiyeti ve özel hayata ilişkin bilgilerin bir kez paylaşıldığında geri dönüşü olmaması ve bu şekilde geri dönülemez zararlara yol açması sebebiyle yerinde olduğu ifade edilmekte hatta bu düzenlemenin kişisel verilerin etkin şekilde korunması için yeterli düzeyde olmadığı belirtilmektedir²⁶⁷. Zira kişisel verilerin özellikle de sağlık gibi özel nitelikli kişisel verilerin ifşası, veri sahiplerini çok derinden etkileyebilmekte, ilgili bölümlerde değindiğimiz üzere itibar kaybı, ticari hayatın önemli ölçüde etkilenmesi gibi ağır sonuçlara yol açabilmektedir. Bu şekilde yüksek ceza öngörülmesi ile hekimler gibi kişisel verilerle zorunlu olarak temas halinde olan kimselerin, bu verilerin gizliliği ile ilgili üst düzey bir özen içerisinde olmalarını sağlamak amaçlanmaktadır. Yine daha önce belirtildiği gibi, madde metninde öngörülen cezanın alt sınırı 2014 yılında yapılan değişiklikle bir yıldan iki yıla çıkarılmıştır. Bu düzenleme de aynı amaca hizmet etmekte, kişisel verilerin ve genel anlamda özel hayat alanının daha etkin şekilde korunmasını amaçlamaktadır.

Dikkat edilmesi gereken nokta da hekimin sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmek suretiyle bu suçu madde metninde değişiklik öngören 6526 sayılı kanunun yürürlüğe girdiği 21.02.2014 tarihinden önce işlediğinde, belirlenecek cezanın alt sınırı bir yıldan başlayacaktır²⁶⁸. Söz konusu değişiklikten sonra cezanın alt sınırının iki yıl olması göz önünde bulundurulduğunda, cezanın en alt sınırdan verildiği durumlarda hükmün açıklanması geri bırakılabilecektir²⁶⁹.

Hekimin sır saklama yükümlülüğünü ihlali bakımından bu suça vücut verecek hareketler verme ve yayma hareketleridir. Yaymanın verme hareketinden daha geniş kapsamlı bir ifşayı ifade ettiğine daha önce değinmiştik. Bu hususa binaen yayma hareketi ile meydana gelen zarar veya tehlikenin verme hareketinin sebep olduğundan daha ağır olduğuna dikkat çekilmektedir. Bu nedenle TCK madde 61

²⁶⁷ Yılmaz, **a.g.e.**, ss. 194-195.

²⁶⁸ Gültaş, **a.g.e.**, s. 226.

²⁶⁹ Bkz. 5271 sayılı ceza Muhakemesi Kanunu, madde 231.

gereği, hekim hakkında verilecek cezanın tayininde bu husus göz önünde bulundurularak, yayma hareketinin söz konusu olduğu durumlarda cezanın üst sınıra daha yakın şekilde belirlenmesi gerektiği ifade edilmektedir²⁷⁰.

Ayrıca 139. madde doğrultusunda, TCK'nın “*Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar*” bölümünde düzenlenen suçlar bakımından şikâyet şartı aranırken yine bu madde hükmünde öngörülen istisna ile 135, 136 ve 138. maddeler bakımından şikâyet şartı aranmamıştır. Dolayısıyla kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme ya da ele geçirme suçunu işleyen fail hakkında resen soruşturma ve kovuşturma yapılacaktır. Bunun yanında söz konusu suç, CMK'nın 253. maddesinde sayılan suçlardan da olmadığından uzlaşmaya tabi değildir²⁷¹.

136. maddenin hekim bakımından ihlal edildiği durumlarda, kamu görevlisi hekimler yahut kamu görevlisi olmayan örneğın özel hastanede görev yapan hekimler hakkında 137. maddedeki nitelikli hal uygulama alanı bulacaktır. Bu itibarla 136. maddeye göre belirlenecek ceza yarı oranında artırılarak verilecektir.

Bu suç bakımından dava zamanaşımının 8 yıl, nitelikli hallerin uygulandığı durumlar için 15 yıldır²⁷². Kamu görevlisi hekim bu suçu işlediğinde yargılama 4483 sayılı kanun uyarınca yapılacaktır²⁷³. Ayrıca hekimin, TCK'nın 53/5. maddesi gereği verilecek cezanın yarısından bir katına kadar olacak şekilde kamu görevinden mahrum bırakılmasına karar verilecektir.

²⁷⁰ Yurtcan, **a.g.e.**, ss. 351-352.

²⁷¹ Korkmaz, **a.g.e.**, s. 489.

²⁷² Bkz. 5237 sayılı TCK madde 66; Gültaş, **a.g.e.**, s. 227; Parlar, **a.g.e.**, s. 1556.

²⁷³ Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s. 4943.

SONUÇ

Hekim ile hasta arasında olduğu gibi özel güvene dayanan ilişkilerde kişilerin özel hayatları daha çok korunmaya ihtiyaç duymaktadır. Zira bu tür ilişkilerde tarafların özel alanları da devreye girmekte, kişiler özel alanlarını diğer kişilerle paylaşmak zorunda kalmaktadır. Ancak zorunlu olarak paylaşılan bu tarz bilgilerin, kanunun ifadesi ile kişisel verilerin, başkalarıyla da paylaşılmayacağı hususunda kişilere hukuk düzeni aracılığıyla güvence sağlanması gerekir. Esasen hekimin sır saklama yükümlülüğünü düzenleyen birtakım mevzuat hükümleri vardır. Bizzat sır saklama yükümlülüğünü düzenleyen Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi madde 4, hasta mahremiyetini düzenleyen Hasta Hakları Yönetmeliği madde 21 ve kişisel bilgilerin gizliliği ile ilgili madde 23, yine Türk Tabipler Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları madde 9 ve madde 31 hükümleri bunlardan başlıcalarıdır. Bu hükümlerle hekime sır saklama yükümlülüğü getirilmiştir. Ancak yaptırım noktasında en etkili olan mevzuat hükmü çalışmamızın konusu olan TCK madde 136'dır. Bu madde ile genel olarak kişisel verilerin korunması amaçlanmıştır. Nitekim 765 sayılı TCK'da meslek sırrının korunmasına ilişkin münferit bir düzenleme bulunmaktaysa da 5237 sayılı kanunda bu şekilde genel bir düzenleme bulunmadığından hekimin sır saklama yükümlülüğü de ceza hukuku anlamında hakim görüşe göre bu 136. madde kapsamında kişisel verilerin korunması hukuku çerçevesinde koruma altına alınacaktır.

Kişisel verilerin korunması açısından KVKK'nın tarihi ve Anayasa'da 2010 değişikliği ile kişisel verilere ilişkin düzenleme yapılmış olması hususları göz önünde bulundurulduğunda bahsi geçen düzenlemelerin benzeri ulusal ve uluslararası düzenlemelere nazaran ne denli geç kaldığı anlaşılmaktadır. Bu bağlamda genel yaklaşıma göre özel hayatın gizliliği hakkından ayrı bir hak olarak ele alınan kişisel verilerin korunması hakkının söz konusu düzenlemelere kadar yeterli korumadan yararlanamadığı aşikardır.

Söz konusu düzenlemelerden sonra büyük çoğunlukla sır kavramını da içine alan bir kavram olarak kişisel verilerin korunması Anayasal dayanağa kavuşturulmuş bunun yanında KVKK ile de bu verilerin kullanımına ilişkin esaslar, işleme şartları

ve genel kaideler düzenlenmiştir. Bunlara ek olarak yukarıda zikredilen TCK 136. maddesi gibi birtakım ceza hükümleri ile de kişisel verilerin korunması ceza hukuku anlamında da temellendirilmeye çalışılmıştır. Bütün bu mevzuat hükümlerine çalışmamızın ilgili bölümlerinde değinilmiştir.

TCK 136. madde ile hasta ile hekim arasındaki sırları içeren kişisel verilerin hukuka aykırı yoldan ele geçirilmesi ve başkalarına verilmesi yahut birçok kişiye verilmesi anlamına gelen yayılması yasaklanmış, bu hareketler ceza hukuku anlamında da yaptırıma bağlanmıştır. 136. maddenin kişisel verilerin korunması hususunda yukarıda saydığımız mevzuat hükümlerinden daha etkin koruma sağlayacağı aşîkardır. Zira madde metninde iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası öngörülmekte ve seçenek yaptırım olarak adli para cezası da düzenlenmemektedir. Korunmaya layık en önemli alanlardan biri olan kişinin özel hayatı, bu şekilde koruma altına alınıp, cezanın genel ve özel önleyici fonksiyonlarıyla bu alana yapılacak her türlü haksız saldırı bertaraf edilmek istenmiştir.

Bu suç tipiyle ilgili madde metninin düzenleniş tarzı bakımından çeşitli eleştiriler getirmek mümkündür. Öncelikle maddenin kenar başlığı yalnızca “*veri*”den bahsetmektedir. Bu da maddenin amacıyla çelişmektedir. Zira bu kavram oldukça geniş bir kavramdır. Bunun yerine madde metninde “*kişisel veriler*” şeklinde bir kullanım, maddenin amacı ile uyumlu bir düzenleme olurdu.

Madde metni ile ilgili bir başka eleştiri olarak doktrinde suçun kanuni tanımında sayılan hareketlerin sıralanış biçiminin hatalı olduğu ifade edilmektedir. Zira bu hareketler bakımından nitelikleri itibariyle ele geçirme diğer iki hareketten önce gelmektedir. Ele geçirilmeyen bir verinin verilmesi mümkün olmayacaktır. Sayılan hareketler bakımından sıranın ele geçirme, verme ve yayma şeklinde olması daha isabetli olacaktır. Bunun yanında maddenin kenar başlığında yayma hareketine yer verilmemiş olması da genel anlamda özensiz bir düzenleme şekli olarak görülmektedir. Zira kenar başlığında bu şekilde bir kısaltmaya gidilmesi ancak metin içerisinde kısaltmaya ihtiyaç duyacak kadar çok sayıda hareketin zikredilmiş olması durumunda haklı olabilirdi. Buna karşılık yalnızca yayma hareketi eklenerek başlığın metin içerisinde tekrar edilmesi, böyle bir durumun söz konusu olmadığını

göstermektedir. Bu eksikliğin giderilmesi ve tutarlı bir kanuni düzenlemenin meydana gelmesi açısından da maddenin kenar başlığında yayma hareketine de yer verilmesi yerinde olacaktır.

Bunun yanında kanuni düzenleme ile ilgili suç tanımında yer alan hareketlerden ele geçirme hareketi ile verme veya yayma hareketlerinin haksızlık içerikleri bakımından birbiriyle uyumlu olmadığı, ele geçirme hareketinin 135. maddede kaydetme fiili ile birlikte düzenlenmesi gerektiği şeklindeki eleştiri haklıdır. Buna karşılık mevcut düzenleme uyarınca, ele geçirme hareketleri kaydetme dışında kalan hareketler olarak algılanmalıdır.

Kişisel verilerin korunmasına hizmet eden TCK madde 136 düzenlemesi bakımından bir başka sorun ise kişisel verinin tanımı dikkate alındığında, kanunun uygulama alanının oldukça geniş olmasıdır. Bunun için doktrinde ve birçok Yargıtay kararında kişisel veri kavramının sınırları çizilmeye çalışılmıştır. Ancak kişisel veri kavramının sınırları bu şekilde çizilse bile bu durum kanunun uygulama alanını amaca hizmet eder şekilde sınırlamaya yetmemiştir. Zira kişilerin aralarında başkaları hakkında konuşmaları bile çoğu zaman yargı önüne taşınmasa da mevcut düzenleme uyarınca suç sayılmaktadır. Bu da hukuk kuralları çerçevesinde hareket edildiğinde, kişiler arasındaki iletişim ve etkileşimin tamamen durması anlamına gelmektedir. Bu sebeple ilgili bölümde ifade ettiğimiz gibi söz konusu sorunun çözümü için TCK madde 136 hükmünün suç olmaktan çıkarılması yahut bu maddede sayılan hareketlerin KVKK kapsamında tanımlanan kişisel verilerin işlenmesi fiilleri ile sınırlı tutulması önerilerinde bulunulmuştur. Gerçekten de kişiler arasındaki alelade konuşmaların dahi suç tehdidi ile karşılaşmaması, buna karşılık suçun oluşumu için KVKK'da düzenlenen verilerin işlenmesine ilişkin kıstasların burada da uygulanması daha yerinde ve öngörülebilir bir yaklaşım olurdu.

Bahsi geçen mevzuat hükümleri ve etik ilkelerle, hekimlerin mesleklerinin icrası sırasında ve hekimlik sıfatı dolayısıyla vakıf oldukları sırları kanuni zorunluluk olmadıkça açıklaması yasaklanmıştır. Ancak bunun sınırsız bir yükümlülük olduğunu kabul etmemek gerekir. Aksi halde hekim de son derece zor bir durumda kalmış olacaktır. Zira başkalarının daha üstün nitelikteki yararlarının korunması gereken

durumlarda sır saklama yükümlülüğünün mutlak olarak kabul edilmesi halinde hakkaniyete aykırı birtakım geri dönülmez sonuçların meydana gelmesi olasıdır. Bu bakımdan hekimler açısından bazı durumlarda bildirim yükümlülüğü sır saklama yükümlülüğünün önüne geçecektir.

Ceza hukuku anlamında hukuka uygunluk nedenlerinden, daha çok kanun hükmünün yerine getirilmesi başlığı altında incelenen bildirim yükümlülüğünün bulunduğu durumlar bakımından mevcut düzenlemeler ihtiyacı karşılamaya yetecek düzeyde değildir. Nitekim ilgili bölümde belirttiğimiz üzere hekimlerin, örneğin TCK'nın 280. maddesi kapsamında şikayete tabi olsun ya da olmasın karşılaştıkları her türlü suç belirtisini ilgili makamlara bildirmeleri öngörülmüştür. Bu hüküm ve mevzuatımızın bildirim yükümlülüğünü düzenleyen muhtelif hükümleri göz önünde bulundurulduğunda hekimlerin asıl ve ağır görevleri olan teşhis ve tedavi yükümlülüğüne ek olarak bir başka ağır yükümlülük altında bulunmaları kanaatimizce de hakkaniyete aykırı olmakta, hekimleri zaten zor ve ağır olan vazifeleri içerisinde daha zor bir durumda bırakmaktadır. Bu bağlamda gerekli düzenlemeler ile hekimlerin bildirim yükümlülüklerinin bazı istisnai hallerle sınırlı tutulması, asıl görevleri olan tıbbi teşhis ve tedaviyi bütün dikkat ve özenlerini bu alana kanalize etmek suretiyle yerine getirmeleri gerektiği sonucuna varılacaktır. Bunun yanında bildirim yükümlülüğünün sınırlı tutulması hastalar bakımından da bu noktada fayda sağlayacaktır. Hastalar da kendileri ile ilgili başkalarının öğrenmelerini istemeyecekleri bazı durumların varlığı halinde hekimin bildirim yükümlülüğü altında olmadan sır saklayacağına güvenirlerse, tıbbi müdahale için hekime başvurmadan çekinmeyeceklerdir. Hastaların bu şekilde çekince göstermeksizin hekime rahatça başvurabilmeleri durumunun yaşam ve sağlık hakkına ayrıca bir koruma getireceği, sır saklama yükümlülüğünün ana prensipleri incelenirken de sıklıkla değindiğimiz bir husustur.

Hukuka aykırılık bahsinde ele aldığımız üzere, hekimlerin bildirim zorunlu hastalıklar söz konusu olduğunda da bildirimde bulunmaları çeşitli mevzuat hükümleri ile zorunlu hale gelmiştir. Bu hükümlerden bazıları şekli anlamda kanun şeklinde olsa da bazı hükümler tebliğ ve yönetmelik şeklinde idarenin düzenleyici işlemleri olarak hüküm altına alınmıştır. Anayasa'nın 20/3 hükmü gereği kişisel verilerin işlenmesi

yalnızca şekli anlamda kanun ve ilgilinin rızası ile hukuka uygun hale getirilebileceğinden hekimler bu durumda yine ikilemde kalmaktadır. Bu sebeple yukarıda belirttiğimiz menfi durumları da bertaraf etmek üzere bu hususta da gerekli kanuni düzenlemeler, kapsamlı ve derleyici, bu anlamda tereddüde yer bırakmayan bir şekilde yapılmalıdır. Bu itibarla bildirim zorunlu olan bütün hastalıklar ve diğer durumlar bakımından bu düzenlemelerin şekli anlamda kanun olarak kaleme alınmaması, hekimleri ceza tehdidinden ve bu zor durumdan da kurtarmak anlamında önemli bir eksiklik olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu itibarla mevcut açıklamalar da dikkate alındığında sır saklama yükümlülüğünün ne denli önemli bir yere sahip olduğu, zira birbirini etkileyen haklar ve yükümlülükler zinciri içerisinde hastanın yaşam hakkını korumaya varan bir görev üstlendiği görülecektir. Bu bağlamda yukarıdaki eleştirilerin ışığında gerekli düzenlemelerin yapılması ve hekimlerin de bu itibarla hastaların özel hayatına ilişkin bilgilerin ve genel olarak kişisel verilerin gizliliğine azami derecede özen göstererek hastaların gizlilik hususunda duydukları güvene riayet etmeleri gerekmektedir. Bu durumda hekimlik sözleşmesi ile kurulan tıbbi müdahale ilişkisi amacına ulaşmış olacaktır. Bu şekilde sır saklama yükümlülüğünün yerine getirilmesi gerektiği, getirilmemesi halinde hukuki ve özellikle cezai anlamda sorumluluk doğuracağı yukarıda ayrıntılarıyla açıklanmıştır. Bu durum da hastanın mahremiyet hakkının ve bu bağlamda yaşam ve sağlık hakkının da koruma altına alınması misyonunun gerçekleşmesine zemin hazırlayacaktır.

KAYNAKÇA

- Akbulut, Berrin :**Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş Ve Genişletilmiş 8. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2021.
- Aktaş, Batuhan :**Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu**, İstanbul, Der Yayınları, 2017.
- Aksoy, Hüseyin Can :**Medeni Hukuk ve Özellikle Kişilik Hakkı Yönünden Kişisel Verilerin Korunması**, Ankara, Çakmak Yayınevi, 2010.
- Aksoy Retornaz, Eylem :**Göreve İlişkin Sırrın Açıklanması, Özel Ceza Hukuku, Cilt IX, Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar**, İstanbul, Onikilevha, 2021.
- Altuner, İlyas :**“Hipokrat Yemini”, Iğdır Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, S. 7, 2015, ss. 1-7.
- Allen, Anita, :**"Privacy and Medicine", The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Ed. Edward N. Zalta, (Spring 2021 Edition)
- Arslan Hızal, Sevinç :**“Yeni Türk Ceza Kanununda Sağlık Personelinin İhbar Yükümlülüğü”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi) Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, 2006.
- Artuk, Mehmet Emin/
Gökçen, Ahmet/
Alşahin, Emin/
Çakır, Kerim :**Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 13. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019.

- Aslanova, Kemale :**Sağlık Hukuku Ders Notları**, 2. Baskı, İstanbul, Aristo Yayınevi, 2019.
- Aşçıoğlu, Çetin :**Tıbbi Yardım Ve El Atmalardan Doğan Sorumluluk: Doktorların, Devletin Ve Özel Hastanelerin Sorumluluğu**, Ankara, y.y., 1993.
- Atabek, Reşat/
Sezen, Merih :“Hekimin Mesuliyeti”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. XXVIII, S. 2, İstanbul 1954, ss. 135-166.
- Aydın, Nizamettin :“Tıp Ceza Hukukunda Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme Ve Ele Geçirme Suçu (TCK M. 136.)”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 21, S. 2, 2013, ss. 7-30.
- Aydın, Sedat Erdem :**AİHM İçtihatları Bağlamında Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu**, İstanbul, Onikilevha, 2015.
- Aydoğdu, Murat/
Kahveci, Nalan :**Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Gözden Geçirilmiş Yenilenmiş ve Dipnotlu 4. Basım, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019.
- Ayözger Öngün, Çiğdem :**Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, Genişletilmiş 2. Baskı, İstanbul, Beta, 2019.
- Azarkan, Ezeli :**Uluslararası Hukukta Sağlık Hakkı**, Ankara, Seçkin, 2018.
- Başel, Burak :**Bankacılık Sırrının Açıklanması Suçu**, Ankara, Seçkin, 2021.
- Beauchamp, Tom L./
Childress, James F. :**Biyomedikal Etik Prensipleri**, Çev. M. Kemal Temel, Yedinci Edisyon, İstanbul, Betim Kitaplığı, 2017.
- Belgesay, Mustafa Reşit :**Tıbbi Mesuliyet**, İstanbul, M. Sıralar Matbaası, 1954.

- Boyar, Oya/
Işık, Sezen Kama :“Dördüncü Kuşak Haklar Ve Bilişim Teknolojilerinin
Doğuşunda Mahremiyet Kavramına Karşılaştırmalı Bir
Bakış”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Hukuk Araştırmaları Dergisi: Prof. Dr. Ferit Hakan
Baykal Armağanı**, C. 25, S. 2, Aralık 2019, ss. 602-
623.
- Börekçi, Eşref Barış :**Kişisel Verileri Verme, Yayma Veya Ele Geçirme
Suçu (TCK M. 136)**, İstanbul, Onikilevha, 2020.
- Büyükay, Yusuf :“Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü”, **AÜEHFD**, C.
VIII, S. 1-2, 2004, ss. 393-396.
- Centel, Nur/
Zafer, Hamide/
Çakmut, Özlem :**Türk Ceza Hukukuna Giriş**, Yenilenmiş Ve Gözden
Geçirilmiş Onbirinci Bası, İstanbul, Beta, 2020.
- Cin, M. Onursal :”Tıp Etiği ve Cezai Sorumluluk”, (Yayımlanmamış
Doktora Tezi) **Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler
Enstitüsü**, 2004.
- Çağırın, Mehmet Emin :**Uluslararası Alanda İnsan Hakları**, Güncellenmiş 4.
Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2020.
- Çakıroğlu, Maral Törenli :“Hekimin Borçlarından Özel Olarak Sır Saklama
Borcu”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dergisi**, C. 12, S. 2, 2010, (Basım Yılı: 2012), ss. 159-
181.
- Çalışkan, Suat :**Özel Hayata Ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar**,
İstanbul, Platon Hukuk Yayınevi, 2020.
- Çetiner, Bilgehan/
Furrer, Andreas :**Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Güncellenip
Gözden Geçirilmiş 2. Bası, İstanbul, Onikilevha, 2022.

Müller-Chen, Markus

Çiftçioğlu, Cengiz Topel :**Sırrın Korunması Boyutuyla Ticari Sır, Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrının Açıklanması Suçu**, Ankara, Seçkin, 2017.

Demir, Mehmet :**Hekim Ve Hastane Yönünden Tıbbi Sorumluluk Hukuku**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018.

Demirbaş, Timur :**Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Güncellenmiş 16. Baskı, Ankara, Seçkin, 2021.

Demirel, Muhammed :“Karar Analizi Tehlike Suçları - Zarar Suçları Arasındaki İlişkinin İçtima Kuralları Kapsamında Değerlendirilmesi”, **İÜHFM**, C. 71, S. 1, ss. 1479-1488.

Demirel, Muhammed :**Suçta İştirakte Bağlılık Kuralı**, İstanbul, Onikilevha, 2017.

Deryal, Yahya :**Sağlık Hukuku Problemleri**, b.y. yok, Seçkin, 2012.

Doğru, Osman :**Yaşama Hakkı**, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-5, Avrupa Konseyi, 2018.

Donay, Süheyl :**Meslek Sırrının Açıklanması Suçu**, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1978.

Doru, S. Rasim :“M.S. v. İsveç Kararı Çevirisi”, **İÜHFM**, C. LXXIV, S. 1, 2016, ss. 513-529.

Dural, Mustafa/
Öğüz, Tufan :**Kişiler Hukuku**, C.II, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2021.

Dursun, Selman :**Bankacılık Düzenine Karşı İşlenen Suçlar**, Ankara, Seçkin, 2006.

- Dursun, Selman/
Bozbayındır, Ali Emrah :“Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Manevi Unsurları Meselesi”, **İÜHFM**, C. 73, S. 1, 2015, ss. 63-90.
- Dülger, Murat Volkan :**Bilişim Suçları Ve İnternet İletişim Hukuku**, Güncellenmiş 9. Baskı, Ankara, Seçkin, 2022.
- Dülger, Murat Volkan :**Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, Güncellenmiş ve Yenilenmiş 3. Baskı, İstanbul, Hukuk Akademisi, 2020.
- Ekici, Akın :“Bankacılık Mevzuatı Kapsamında Banka ve Müşteri Sırrı”, **Bankacılar Dergisi**, S. 63, 2007, ss. 51-70.
- Erbaş, Rahime :**Türk Ceza Kanunu’nda Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük**, İstanbul, Onikilevha, 2019.
- Erbaş, Rahime :**Türk Hukukunda Ve Karşılaştırmalı Hukukta Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğü**, İstanbul, Onikilevha, 2015.
- Erdem, Dilek Özge :**Ticari Sır, Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrı Niteliğindeki Bilgi veya Belgelerin Açıklanması Suçu**, Ankara, Lykeion Yayınları, 2019.
- Erem, Faruk :“Avukatlık Sırrı”, **Ankara Barosu Dergisi**, S. 5, 1969, ss. 837-841.
- Eren, Fikret :**Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 25. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020.
- Eren, Fikret :**Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 10. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2022.

- Ergün, Ömer :**Borçlar Hukuku (Özel Hükümler) Ders Notları**, Ankara, Seçkin, 2018.
- Erol, Gültezer Hatırmaz :**Diş Hekimlerinin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları**, Ankara, Seçkin, 2017.
- Ertan, İzzet Mert :**Uluslararası Boyutlarıyla Sağlık Hakkı**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2012.
- Giyik, Abdalbaki :“Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü İle Suçu Bildirme Yükümlülüğü Ve Bu Yükümlülüklerin Çatışması”, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 9, S. 2, 2014, ss. 175-214.
- Göçmen Uyarer, Sinem :**Kişisel Verilerin Korunması**, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, Seçkin, 2020.
- Gökcan, Hasan Tahsin :**Hasta Haklarının Bireysel Başvuru Yoluyla Korunması**; Sağlık Ve Tıp Hukukunda Sorumluluk Ve İnsan Hakları, Ed.: Özge Yücel, Gürkan Sert, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, Seçkin, 2021, ss. 157-205.
- Gökcan, Hasan Tahsin :**Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk**, Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara, Seçkin, 2017.
- Gökcan, Hasan Tahsin/ Artuç, Mustafa :**Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt 3 Madde 86-140**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2021.
- Gökcan, Ahmet/ Balcı, Murat : “Organ Ve Doku Ticareti Suçları (TCK. M. 91-93)”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 19, S. 2, 2013, ss. 11-149.

- Göktürk, Neslihan :“Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Yanılgının Hukuki Niteliği”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Ed.: Veli Özer Özbek, C. 9, S. 26, 2014, ss. 7-30.
- Göktürk, Neslihan :”Suçun Yasal Tanımında Yer Alan “Hukuka Aykırılık” İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7, S. 1, 2016, ss. 407-450.
- Gözübüyük, Şeref/
Gölcüklü, Feyyaz :**Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ve Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme Ve Yargılama Yöntemi**, 11. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2016.
- Gültaş, Veysel :**Özel Hayata Karşı Suçlar**, Ankara, Bilge Yayınevi, 2016.
- Gültekin, Nil Melek :“Kişisel Verilerin Ceza Hukuku Yönünden Korunması”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi) **Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, 2012.
- Günay, Erhan :**Vekalet Sözleşmesi Uyuşmazlıkları**, Ankara, Seçkin, 2021.
- Günergök, Özcan :“Avukatın Sır Saklama Yükümlülüğü”, **AÜEHFD**, C. VII, S. 1-2, 2003, ss. 655-667.
- Gürcan, Merve :**Tıp Hukukunda Eser Sözleşmesi**, Ankara, Seçkin, 2020.
- Gürsel, İlke :**İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016.

- Hafızoğulları, Zeki/
Aygün Eşitli, Ezgi :**Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar**, Ankara, U S-A Yayıncılık, 2014.
- Hafızoğulları, Zeki/
Özen, Muharrem :**Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Tıpkı Basım 13. Baskı, Ankara, U S-A Yayıncılık, 2021.
- Hafızoğulları, Zeki/
Özen, Muharrem :**Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler-Kişilere Karşı Suçlar**, Tıpkı Basım 6. Baskı, Ankara, U S-A Yayıncılık, 2017.
- Hakeri, Hakan :**Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 24. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2021.
- Hakeri, Hakan :**Tıp Hukuku**, Güncellenmiş 18. Baskı, Ankara, Seçkin, 2020.
- Herring, Jonathan :**Medical Law And Ethics**, Oxford University Press, 5. Basım, 2014.
- İçel, Kayıhan :**Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Yenilenmiş 6. Bası, İstanbul, Beta, 2021.
- İçer, Zafer :**Suçta Teşebbüste Hazırlık Hareketleri İle İcra Hareketlerinin Birbirinden Ayrılması**, İstanbul, Onikilevha, 2021.
- İtişgen, Rezzan :“Türk Ceza Hukukunda Kişisel Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme Veya Ele Geçirme Suçu”, **TAAD**, S. 23, Yıl: 6, Ekim 2015, ss. 179-202.
- Jescheck, Hans- Heinrich :“1989 Türk Ceza Kanunu Öntasarısının Genel Hükümleri Hakkında Karşılaştırmalı Bir İnceleme”, **Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler**, Çev.

- Adem Sözüer, Konya, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1998.
- Kandilli, Elif :“Sağlık Hukukunda Etik Açısından Kişisel Veriler Ve Mahremiyet Hakkı”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, 2019.
- Kanmaz, Fatih :**Özel Hayata Karşı Suçlar**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015.
- Karagülmez, Ali :**Bilişim Suçları Ve Soruşturma-Kovuşturma Evreleri**, Genişletilmiş Ve Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Ankara, Seçkin, 2014.
- Karakul, Selman :“Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Sağlık Hakkı-I”, **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 3(2), Güz 2016, ss. 169-206.
- Karasu, Sinem :**Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009.
- Kayaer, Nebahat :“Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğünün İstisnaları”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 15, S. 170, 2020, ss. 2032-2048.
- Kayırgan, Hasan :**İş Hukukunda Sadakat Borcunun Genel Bir Değerlendirmesi**, C. 20, S. 1, 2014, ss. 459-478.
- Kıcalıoğlu, Mustafa :**Doktorların Ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2011.

- Kılıç, Ali Şahin :“Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık”, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), **Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü**, 2020.
- Kılıçoğlu, Ahmet :**Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş-Genişletilmiş 25. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2021.
- Kılıçoğlu, Ahmet :**Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Genişletilmiş 3. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2021.
- Kılıçoğlu, Ahmet :**Medeni Hukuk**, 3. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2021.
- Koca, Mahmut/
Üzülmez, İlhan :**Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş Ve Güncellenmiş 14. Baskı, Ankara, Seçkin, 2021.
- Koca, Mahmut/
Üzülmez, İlhan :**Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 7. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2020.
- Korkmaz, İbrahim :**Kişisel Verilerin Ceza Hukuku Kapsamında Koruması**, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, Seçkin, 2019.
- Köse Aysun, Melike :**Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu (TCK 135)**, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, Seçkin, 2021.
- Küzeci, Elif :**Kişisel Verilerin Korunması**, 4. Baskı, İstanbul, Onikilevha, 2021.
- Langmack, Hans :“Ceza Hukuku Açısından Hekimin Sır Saklama Yükümü”, Çev. Erdener Yurtcan, **İÜHFİM**, C. 39, S. 1-4, ss. 451-464.

- Mahmutoğlu, Fatih
Selami/
Dursun, Selman
:Türk Hukukunda Müdafinin Yasaklılık Halleri,
Ankara, Seçkin, 2004.
- Malkoç, İsmail
:Açıklamalı- İctihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza
Kanunu (Son Değişiklikler Ve İctihatlarla), Madde
82-149/ 2. Cilt, Ankara, Sözkese Matbaacılık, 2013.
- Metin, Sevtap
:Biyo-Tıp Etiği Ve Hukuk, İstanbul, Betim Kitaplığı,
2019.
- Nur, Pınar
:Vergi Hukuku Açısından Kişisel Verilerin
Korunması, İstanbul, Onikilevha, 2022.
- Nomer, Haluk N.
:Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden
Geçirilmiş ve Genişletilmiş 18. Bası, İstanbul, Beta,
2021.
- Oğuzman, Kemal/
Öz, Turgut
:Borçlar Hukuku Genel Hükümler- Cilt-1, 20. Bası,
İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2022.
- Oğuzman, Kemal/
Öz, Turgut
:Borçlar Hukuku Genel Hükümler- Cilt-2, 16. Bası,
İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2021.
- Öncü, Gülay Arslan
:Bireysel Başvuruda Özel Hayata Ve Aile Hayatına
Saygı Hakkı, İstanbul, Beta, 2020.
- Özbek, Veli Özer
:Ekonomi Ceza Hukuku-İkinci Kitap: Özel
Hükümler, Seçkin, Ankara, 2021.
- Özbek, Veli Özer
:Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı- TCK İzmir
Şerhi- Cilt-2, Ankara, Seçkin, 2008.
- Özbek, Veli Özer/
Doğan, Koray/
:Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Güncellenmiş
Ve Gözden Geçirilmiş 12. Baskı, Ankara, Seçkin, 2021.

Bacaksız, Pınar

Özbek, Veli Özer/
Doğan, Koray/
Bacaksız, Pınar

:**Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Genişletilmiş
Ve Güncellenmiş 16. Baskı, Ankara, Seçkin, 2021.

Okay, Sadık

:“Meslek Sırrını İfşa”, **Ankara Üniversitesi Hukuk
Fakültesi Dergisi**, C. 10, S. 1, 1953, ss. 235-245.

Özdemir, Hayrunnisa

:“Hadım Etme Ve Hekimin Sır Saklama
Yükümlülüğü”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dergisi**, C. 14, S. 1, 2010, ss. 125- 164.

Özgenç, İzzet

:**Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Gözden
Geçirilmiş Ve Güncellenmiş 17. Bası, Ankara, Seçkin,
2021.

Öztürk, Bahri/
Altınok Çalışkan, Elif/
Seyhan, Serkan

:**Kişisel Verilerin Korunması Hukuku Teorik ve
Pratik Çalışma Kitabı**, Güncellenmiş 2. Baskı,
Ankara, Seçkin, 2022.

Öztürkler, Cemal

:**Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis,
Tedavi Ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat
Davaları**, Ankara, Seçkin, 2006.

Palanduz, Ayşe

:“Hasta Hakları Özelinde Mahremiyet Haklarının
Değerlendirilmesi”, **Uluslararası Türk-Amerikan
Tıp Hukuku Ve Etiği Sempozyumu**, Ankara, Seçkin,
2014, Ss. 221-238.

Parlar, Ali

:**Türk Ceza Kanunu Şerhi- TCK 135-345**, 2. Cilt,
Ankara, Bilge Yayınevi, 2015.

Parlar, Ali/
Çobanoğlu, Yekta

:**Özel Hayata Ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar**,
İstanbul, Aristo Yayınevi, 2018.

- Savcı, Bahri :**Yaşam Hakkı Ve Boyutları**, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No: 449, İnsan Hakları Merkezi Yayınları No: 1, 1980.
- Selimoğlu, Yaşar Engin :**Eser Sözleşmesi**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2021.
- Sert, Gürkan :**Tıp Hukuku Ve Etiği Derslerine Giriş**, Ankara, Seçkin, 2020.
- Sert, Şeyma :**Kişisel Verilerin Türk Ceza Kanunu Kapsamında Korunması**, Ankara, Seçkin, 2019.
- Sevük, Handan Yokuş :**Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Genişletilmiş Ve Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2020.
- Sevük, Handan Yokuş :“Tıp Ceza Hukukunda Kişisel Verilerin Açıklanması”, **V. Türk - Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, “Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları”**, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2008, ss. 782-811.
- Sırma, Özge :“Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık”, **Fasikül Hukuk Dergisi**, C. 4, S. 29, 2012, ss. 15-21.
- Soyaslan, Doğan :**Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Güncellenmiş 9. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020.
- Soyaslan, Doğan :**Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Güncelleştirilmiş 11. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016.
- Sözüer, Adem :**Suçta Teşebbüs**, İstanbul, Kazancı Matbaacılık, 1994.
- Sözüer, Eren :**Unutulma Hakkı: İnsan Hakları Hukuku Perspektifinden Bir İnceleme**, İstanbul, Onikilevha, 2017.

- Şen, Ersan :“5237 Sayılı TCK'da Özel Hayata Karşı Suçlar”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 79, S. 3, 2005.
- Şener, Emine Gülnihal :“Kişisel Verilerin Hukuka Aykırı Olarak Kaydedilmesi Suçu”, **Adalet Dergisi**, S. 39, Ocak 2011, ss. 72-86.
- Tezcan, Durmuş/
Erdem, Mustafa Ruhan/
Önok, Murat :**Teorik Ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, Güncellenmiş 19. Baskı, Ankara, Seçkin, 2021.
- Tunalı, Işıl Güney :**Hekimin Tıbbi Müdahalede Bulunma Yükümlülüğünün Sınırları**, Ankara, Seçkin, 2020.
- Turhan, Aydın :“İnsan Hakkı Kuşakları Arasındaki Tamamlayıcılık İlişkisi”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 4 S. 2, 2013, ss. 357-378.
- Türe, Gökhan/
Türe, Oğuzhan :“Hekimin Hizmetten Çekilme Hakkı”, **TBB Dergisi**, S. 131, 2017, ss. 295-346.
- Uşan, M. Fatih : **İş Hukukunda İş Sırrının Korunması (Sır Saklama ve Rekabet Yasağı)**, Ankara, Seçkin, 2003.
- Üzeltürk, Sultan
Tahmazoğlu :**Anayasa Hukuku Açısından Sağlık Hakkı (Ulusal Ve Uluslararası Boyutuyla)**, b.y. yok, Legal Yayıncılık, 2012.
- Üzülmez, İlhan :“Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu”, **V. Türk - Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, “Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları”**, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2008, ss. 823-844.
- Yılmaz, Sabire Sanem :**Tıp Alanında Kişisel Verilerin Korunması**, Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara, Seçkin, 2021.

- Yurtcan, Erdener :**Yargıtay Kararları Işığında Özel Hayata Karşı Suçlar**, Güncellenmiş 2. Bası, Ankara, Seçkin, 2020.
- Yücel, Özge :**Sağlık Ve Tıp Hukukunda Sorumluluk Ve İnsan Hakları**, Ankara, Seçkin, 2021.
- Sert, Gürkan (Ed.)
- Zafer, Hamide :**Özel Hayatın Ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması (TCK 132-134)**, İstanbul, Beta, 2010.
- Zafer, Hamide :“Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK M. 280)”, **İÜHFM**, C. 71, S. 1, ss. 1327-1357.
- Zeytin, Zafer :“Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü”, **Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi**, C. 14, S. 2, 2006, ss. 77-82.