

# HASTA MAHREMİYETİ HAKKI\*

## THE RIGHT TO PRIVACY OF PATIENT

Neslihan CAN\*\*

**Özet:** Mahremiyet hakkı hukuki dayanağını Anayasa (AY) madde 20, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (MSHS) madde 17, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) madde 8 ve Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunmasına Sözleşmesi (Biyotıp Sözleşmesi) madde 10'dan alır. Sağlık hizmetine erişimden yararlanırken hasta ve sağlık mesleği mensubu arasında güven temeline dayanan bir ilişki doğar. Hastanın sağlık hakkında etkin bir şekilde yararlanabilmesi için de başta hekim olmak üzere diğer sağlık mesleği mensupları hastanın sağlık, cinsel yönelim, yaşam biçimine dair pek çok hassas veriye vakıf olur nitekim bu kimseler bakımından da sır saklama yükümlülüğü doğar. Bu hassas veriler, diğer kişisel verilere göre veri sahibinin aleyhe ayırmıcılığa maruz kalmasına neden olabilecek mahiyette olduğundan daha nitelikli biçimde korunmaktadır. Günümüzde sağlık verileri teknolojik imkânlardan da faydalanarak elektronik sistemlere kaydedilerek kullanılmaktadır. Bu çalışma kapsamında sağlık verileri ve hasta mahremiyeti hakkında mündemiç diğer unsurlar, bunların sınırlandırılabilceği hallerle birlikte incelenecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Mahremiyet Hakkı, Elektronik Sağlık Kaydı, Sır, Sağlık Mesleği Mensubu, Sağlık Verisi

**Abstract:** Right to privacy is on the legal ground of Constitution of Republic of Turkey article 20, United Nations Covenant on Civil and Political Rights article 17 and European Convention on Human Rights article 8. By benefiting from healthcare access, the relationship which is based on confidentiality establishes between the patient and healthcare professionals. Having an efficient access to healthcare, foremost the doctor and other health care professionals have a grasp on sensitive data ranging from health and sexual ori-

\* Bu çalışma İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Programı'nda 2018-2019 güz döneminde verilen "Tıp Ceza Hukuku" dersi kapsamında hazırlanan çalışmanın makale olarak düzenlenmiş halidir. Desteğinden ötürü, öğrencisi olmakla her daim övündüğüm Prof. Dr. Dr. h.c. Hakan Hakkeri'ye minnet ve saygılarımı sunarım.

\*\* Arş. Gör., Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, nesli95hukuk@gmail.com, ORCID: 0000-0002-6990-8274, Makalenin Gönderim Tarihi: 18.07.2019, Kabul Tarihi: 18.07.2019

entation to manner of life of the patient and the obligation of confidentially turns out for them. Sensitive data needs more qualified protection owing to its own nature which may lead to discrimination against the data subject. At the present time, health data is used via recording electronic systems by taking advantage of technology, In this study, health data and other points including right to privacy of patient will be discoursed with circumstances which are allowed to interfere this right.

**Keywords:** Right To Privacy, Electronic Health Record, Confidentially, Healthcare Professionals, Health Data

## I. ÖZEL HAYATA SAYGI HAKKI VE HASTA MAHREMİYETİ İLİŞKİSİNE GENEL BAKIŞ

Ulusal ve uluslararası mevzuatta temel hak ve hürriyetlerden biri olarak tanınmış olan mahremiyet hakkı, gerçek kişilere münhasır bir haktır. Türk hukuku bakımından dayanaklarını MSHS m.17, AİHS m.8, Biyotıp Sözleşmesi m.10 ve AY m.20'den almaktadır. Mahremiyet hakkı; AİHS sisteminde özel hayata *ve aile hayatına saygı hakkı (right to respect for private and family life)*, MSHS sisteminde özel yaşamın gizliliğini korunması hakkı<sup>1</sup>, Anayasa'da özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı gibi farklı terminoloji ile ifade edilmiştir.

Bireyin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi<sup>2</sup> ancak özel hayatına saygı duyulması ile sağlanabilir. Bu çerçevede devlete düşen pozitif yükümlülük, bu hakka devlet organları yahut diğer bireylerden gelecek olası müdahalelere karşı hakkı korumak ve yasal düzenlemeler oluşturmaktır. Negatif yükümlülük ise bizzat devlet organlarından gelecek müdahaleleri bertaraf etmektir.

Mahremiyet hakkı görece olarak yeni bir hak olduğundan ihlali bazı devletlerde bağımsız bir suç tipi ile yaptırıma bağlanmamıştır. Örneğin İngiltere'de genel olarak mahremiyet hakkı bulunmamaktadır; ceza hukuku bağlamında aile ve mülkiyet hakkı korumasından

<sup>1</sup> m.17 "1. No one shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to unlawful attacks on his honour and reputation.

2. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks."

<sup>2</sup> Bkz.Nilgün Başalp, Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s.31. Kişisel verilerin korunması hukukunun kilometre taşı olan 1983 tarihli Alman Anayasa Mahkemesi'nin Nüfus Sayımı Kararı (Volkszählungsurteil) kişinin kendi kaderini tayin hakkı üzerine temellendirilmiştir.

yararlanılıp tazminat sorumluluğu ise haksız fiil koruması ile sağlanmaktadır.<sup>3</sup>

Türk hukukunda ise AY m.20’de herkesin özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir.<sup>4</sup> Özel hayat, Anayasa ve kanunlarda açıkça tanımlanmamış olup yargı içtihatları ve doktrinle insan onuru ve birey olma haysiyetinin yeni tehditlerle karşılaşması üzerine içi doldurulan bir kavramdır.<sup>5</sup> Temel olarak kişinin hayatının başkaları tarafından öğrenilmesini istemediği, başkalarından gizlediği bölümü özel hayattır.<sup>6</sup> Özel hayata saygı hakkının iç hukuktaki bir boyutu da kişisel verilerin korunmasıdır ve kişisel veriler bakımından anayasal düzeyde bir tanıma ve daha incelikli bir koruma ihtiyacı hâsıl olduğundan kanun koyucu 2010 Anayasa Referandumu ile AY m.20/3’te herkesin kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahip olduğunu düzenlemiş ve hükmün devamından bu korumaya ilişkin bir kanun ihdas edileceğinin sinyallerini vermiştir.

Sağlık hakkı ise AY m.56’da tanınmış olup yalnızca sağlık hizmetine erişimi ve tedavi olabilmeyi değil; bu hakkın efektif kullanılabilmesini sağlayabilmek için hasta mahremiyetine saygı gösterilmesini de kapsamaktadır. Hasta mahremiyeti hakkı ise kişinin tıbbi müdahalelerin yapılabilmesi için gerekli konularda açıklamak zorunda olduğu ancak sınırlarını kendisinin belirlediği ve bunun haricinde kimsenin bilmesini istemediği özel yaşam alanıdır.<sup>7</sup>

<sup>3</sup> Howard Davis, *Human Rights Law*, 3. Baskı, Oxford University Press, UK, 2013, s. 305.

<sup>4</sup> 1982 AY m.20/1 “Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.”

<sup>5</sup> AİHS sisteminde de korunan bu hakkın sınırları kesin olarak çizilmemiştir. Örneğin AİHM *Pretty v. UK* kararında m.8’in içeriğini belirtirken cinsel kimlik, isim, cinsel yönelimin de bu hak kapsamında olduğunu örnekleme yoluyla saymış ve maddenin kişinin gelişimi, başkaları ve dış dünya ile ilişkiler kurma ve geliştirme hakkını korumayı amaçladığını belirtmiştir. (Bkz. Application no. 2346/02).

<sup>6</sup> Hasan Tahsin Gökcan, “Hasta Haklarının Bireysel Başvuru Yoluyla Korunması”, *Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları*, Editörler: Özge Yücel/Gürkan Sert, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s.176; Mahmut Koca/İlhan Üzülmmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s.500; Bu meyanda üç alan teorisine değinilmelidir. Teoriye göre kişinin yaşam alanı kamuya açık alan, özel alan ve gizli alan olarak ayrılmaktadır ve yalnız son ikisi hukuken korunaklıdır. Çalışmamız kapsamında da korunaklı bu alanda yer alan sağlık verileri ve hasta mahremiyetine değinilecektir.

<sup>7</sup> Murat Aydın, “Tıbbi Müdahalelerde Mahremiyet ve Ceza Sorumluluğu”, I. Uluslararası Katılımlı Ulusal Tıp Hukuku Kongresi (Vaka Tartışmalı), s.109.

Hasta mahremiyeti kapsamında doğrudan başvurulabilecek şekilde Biyotıp Sözleşmesi<sup>8</sup> 10. maddesinde herkesin, kendi sağlığı hususundaki bilgilerle ilgili olarak özel yaşamına saygı gösterilmesi hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. Hastanın sağlık verilerinin korunması yalnız onun mahremiyetine saygının gereği değildir, aynı zamanda hastaların sağlık kurumları ve sağlık hizmeti sunucularına güven duymaları için de bir gerekliliktir.<sup>9</sup>

Türk hukuku bakımından konuya ilişkin en doğrudan mevzuat ise Hasta Hakları Yönetmeliği<sup>10</sup> olup 21. maddesine göre her türlü tıbbi müdahale hastanın mahremiyetine saygı gösterilerek gerçekleştirilecektir. Hangi hususların bu kapsamda olduğu da belirtilmiştir. Buna göre hastanın sağlık durumu ile ilgili tıbbi değerlendirmeler, muayene, teşhis, tedavi ve benzeri hasta ile doğrudan teması gerektiren işlemlerin tatbiki, bir yakınının refakati, tedavisi ile doğrudan ilgisi olmayan kişilerin müdahale sırasında bulunmamasını, hastalığın mahiyeti gerektirmedikçe hastanın şahsi ve ailevi hayatına müdahale edilmemesi ve sağlık harcamalarının kaynağının gizli tutulması söylenebilir. Ayrıca Yönetmelik m.20 uyarınca hasta, tıbbi durumuna ilişkin yakınları ve ailesine bilgi verilmemesini talep edebilecektir ki bu hüküm de doğrudan hastanın mahremiyet hakkına ilişkindir.<sup>11</sup>

## II. SAĞLIK VERİLERİ

Hastaya ait verilerin gizliliğinin sağlanması ve hastanın beden mahremiyetinin sağlanması, hastanın mahremiyet hakkına saygının gereğidir.<sup>12</sup> Hastanın mahremiyet hakkının ihlaline yönelik fiillerde bulunması olası faillerden biri, hasta ile birebir temasa geçen hekimdir. Hekimin hastanın mahremiyetine saygı göstermesi, aynı zamanda sır saklama yükümlülüğünün de bir gereğidir. Nitekim 1981 tarihli

<sup>8</sup> Sözleşme, 4.4.1997'de AB üyesi ve üye olmayan devletlere Oviedo'da imzaya açılmış ve 1.12.1999'da yürürlüğe girmiştir. Türkiye'de ise 1.11.2004 yürürlüğe girmiştir.

<sup>9</sup> Emel Badur, "Hastanın Özel Yaşamına Saygı Gösterilmesini Talep Hakkı", Erzurumluoğlu Armağanı, Ed. Emel Badur, Ankara Barosu, 2012, s.103.

<sup>10</sup> Resmi Gazete Tarihi: 01.08.1998, Resmi Gazete Sayısı: 23420.

<sup>11</sup> Badur, s.110.

<sup>12</sup> Gürkan Sert, "Hasta Hakları", Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, Editörler: Özge Yücel/Gürkan Sert, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s.143.

*Lizbon Bildirgesi*<sup>13</sup> hastanın hekimden, tüm tıbbi ve özel hayatına ilişkin bilgilerin gizliliğine saygı duyulmasını isteme hakkına sahip olduğunu düzenlemiştir.<sup>14</sup>

Sağlık verileri, hasta mahremiyetinin korumasından yararlanan ve özel hayatın gizliliği ile yakından bağlantısı olan<sup>15</sup> bir kişisel veri türüdür. Kişilerin özel hayatları kapsamında kimlikleri, sırları, özel evrakları, yazışmaları, hayat tarzları, fiziksel ve ruhi durumları, cinsel yaşamları bulunmaktadır ve bunların içeriğini oluşturan her türlü belge, bilgi, belirti kişisel veridir.<sup>16</sup> *Genel Veri Koruma Tüzüğü (GDPR)*<sup>17</sup> m.4/15'te de bu veriler, sağlıkla ilgili veri olarak nitelendirilmiş ve kişinin sağlık durumuna ilişkin sağlık bakım hizmetlerini kapsayan fiziki ya da mental sağlığıyla ilgili veriler olarak tanımlanmıştır.

Tıp hukuku bakımından hastanın sağlık mesleği mensubuna, tedavisi nedeniyle açıkladığı ve başkaları tarafından öğrenilmesinden rahatsızlık duyacağı bilgileri, sağlık verileri kapsamındadır.<sup>18</sup> Hastanın başkasının duymasını istemeyeceği verilerin kapsamı belirlenirken objektif değil, sübjektif ölçüt dikkate alınır. Yani bizzat o hastanın kişisel görüşüne, inancına göre başkalarının duymasını istemeyeceği

<sup>13</sup> Dünya Tabipler Birliği tarafından yayımlanan hasta haklarına ilişkin bağlayıcı olmayan ancak temel ilkeleri göstermesi nedeniyle önemli bir belgedir. Gözden geçirilmiş versiyonu da 1995'te Bali'de yapılan toplantıda kabul edilmiştir.

<sup>14</sup> Gizlilik Hakkı başlıklı 8. ilke "a. Hastanın sağlık durumu, tıbbi durumu, tanısı, prognozu, tedavisi ve kişiye özel diğer tüm bilgiler ölümünden sonra bile gizli olarak korunmalıdır. İstisna olarak hasta yakınlarının kendileri ilgili sağlık risklerini öğrenmeleri açısından bu bilgilere ulaşabilme hakkı olabilir.

b. Gizli bilgiler sadece hastanın açık izni veya mahkemenin kesin isteği üzerine açıklanabilir. Hastanın açık olarak izin vermediği durumlarda bu bilgiler sadece bilgilendirilmesi gereken diğer sağlık personeline verilebilir.

c. Hastanın kimliğine ait tüm bilgiler korunmalıdır. Bu bilgilerin korunması usulüne uygun yapılmalıdır. Bu tür verilerin alındığı insan ürünleri de aynı şekilde korunmalıdır."; Onur Hakkı başlıklı 10. İlke "a. Tüm tıbbi bakım ve eğitim sürecinde hastanın onuruna ve özel yaşamına onun kültür ve değerleri göz önüne alınarak saygı gösterilmelidir."

<sup>15</sup> Güçlü Akyürek, *Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu*, 2.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Kasım 2013, s.65.

<sup>16</sup> Nizamettin Aydın, "Tıp Ceza Hukukunda Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme ve Ele Geçirme Suçu (TCK m.136)", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 21, Sayı 2, 2013, s.9.

<sup>17</sup> General Data Protection Regulation (GDPR) 14.4.2016'da AB Parlamentosu'nca kabul edilmiş ve 25.5.2018'de yürürlüğe girmiştir. Tüzük, 95/46/EC nolu Veri Koruma Direktifi yerine uygulanmak üzere AB ülkelerinde kişisel verilerin korunması noktasında harmonizasyon sağlanması amacıyla ihdas edilmiştir.

<sup>18</sup> Yılmaz, s.105.

veriler esas alınır. Ayrıca yalnız sağlık personeline aktarılan veriler değil; kişinin hekimi, hastaneyi ziyaret etmesi ve buna ilişkin kayıtlar da bu kapsamdadır. Hastalığın türü, hastanın öyküsü, teşhis, tedavi, psikolojik belirtiler, hasta dosyası, muayene sonuçları, kişisel, ailevi, ekonomik durumuna ilişkin tüm veriler kişisel veridir.<sup>19</sup> Doğası itibariyle herkesin bildiği örneğin hastanın felçli olması bu çerçevede kişisel veri değildir. *Dülger*'e göre ise bilginin özneliği veya nesneliği, kişisel verilerin yararlandığı korumadan faydalanması için ayırım noktası teşkil etmemektedir. Hatta bilginin doğruluğu yahut yanlışlığı da bir önem arz etmemekte olup söz konusu bilginin ilgili kişiyi belirlenebilir kılması yeterlidir.<sup>20</sup>

Bir kişisel veri olarak sağlık verileri 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) özel hayat ve hayatın gizli alanına dair suç tiplerinin korumasından yararlanır. Verinin sır kapsamında olması, kişisel verilerin kaydedilmesi suçu (TCK m.135) ve verileri hukuka aykırı olarak verme ya da ele geçirme (TCK m.136) suçlarının sübutu bakımından aranan bir unsur değildir. Sır, ilgisinin açıklanmamasında yarar gördüğü veya başkalarının bilinmeyen hususlardır. Ancak bu suçlarla korunan hukuki değer sırrın korunması olmayıp kişisel veriler ve kişisel veriler bakımından istenilen güvenlidir.<sup>21</sup>

Kişilere ilişkin tıbbi kayıtların tutulması ve bu kişisel veri mahiyetindeki sağlık verilerinin toplanıp paylaşılması özel yaşama saygı hakkı çerçevesinde değerlendirilmektedir.<sup>22</sup> Sağlık verileri, her ne kadar özel hayata saygı hakkı bağlamında değerlendirilse de bazı yazarlarca bu anlayışın, günümüz ihtiyaçlarına cevap vermediği ileri sürülmektedir. Özel yaşamın gizliliği ilkeleri, kişisel veriler üzerindeki çıkarları korumakta yetersiz kalmaktadır. Ayrıca kişisel verilerin, bireyin özel hayatı ile sınırlı olma zorunluluğu da bulunmamaktadır. Özel hayata saygı hakkı bağlamında, devletin negatif yükümlülüğü ön planda olup özel hayata müdahale etmemek yeterli iken, kişisel verilerin korunması hakkında ise başta veri işleme yöntemi de nazara alınarak veri işleme hareketlerinin gerçekleştirilmesi gerekeceğinden, kişisel verilerin korunması aktif tarafı ağır basan bir haktr.<sup>23</sup>

<sup>19</sup> Hakeri, Tıp Hukuku, s.891.

<sup>20</sup> Dülger, Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, s.9.

<sup>21</sup> Dülger, Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, s.313.

<sup>22</sup> Gökcan, s.183.

<sup>23</sup> Murat Volkan Dülger, Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, Hukuk Akademisi,

## A. HASSAS VERİ OLARAK SAĞLIK VERİSİ

Kişisel veriler arasında özel bir tasnif bulunmadığı dönemde dahi AİHM, birçok kararında parmak izi, DNA analizi vb. gibi biyometrik verilerin salt kimlik tespitine ve güvenlik nedenine yönelik durumlar haricinde *hassas veri* olarak korunmaları gerektiğini içtihat olarak ortaya koymuştur.<sup>24</sup> Hassas veriler ise kişisel verilerin işlenmesine dair uluslararası ilk düzenleme olan Avrupa Konseyi'nin 108 nolu *Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşme'nin*<sup>25</sup> 6. maddesinde özellikli veri kategorileri olarak tanınmıştır.<sup>26</sup>

AİHM hasta mahremiyetini özerk yorum çerçevesinde AİHM m.8 kapsamında görmüş ve kişinin kimliğinin ve tıbbi bilgilerin açıklanmasını ihlal olarak değerlendirmiştir.<sup>27</sup> Avrupa Toplulukları Mahkemesi de kişisel verilerin korunması hakkını içtihatla geliştirmiş ve bir kararında sağlık verilerinin gizliliğini AİHS m.8 kapsamında değerlendirerek bunu temel hak olarak nitelemiştir.<sup>28</sup> Ulusal hukuk bakımından bir verinin, hassas veri mahiyetinin olup olmadığını saptamak devletlerin takdir marjı kapsamında olmakla beraber Avrupa Birliği Adalet Divanı *Lindqvist* kararında, hassas verilerin mümkün mertebe geniş ele alınması gerektiğini belirtmiştir.<sup>29</sup> Karara konu olayda toplumu bilgilendirmek amacıyla bir dini cemaat tarafından açılan internet sitesinde kilisede gönüllü olarak çalışan kişilerin bilgilerine yer verilmiştir. Site- de, kilise çalışanlarından bir kişinin ayağını incittiği için yarı zamanlı

Istanbul, 2019, s.47.

<sup>24</sup> Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında Kişisel Verilerin Açıklanması Suçu*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s.99; Nitekim S. ve Marper/UK başvurusunda AİHM, gözümlenilen kişilerin kan, hücre örnekleri ve parmak izinin alınması ancak bunların isnat edilen suçla ilişkilerin kalmaması halinde de muhafaza edilmeye devam edilmesini AİHS m.8'in ihlali olarak değerlendirilmiştir.

<sup>25</sup> Bahsi geçen Sözleşme 28.01.1981 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye 30.01.2016 tarihinde 6669 sayılı Kanun'la onaylanmasını uygun bulmuş, Sözleşme 01.09.2016 tarihinde Türkiye bakımından bağlayıcılık kazanmıştır.

<sup>26</sup> "İç hukukta uygun güvenceler sağlanmadıkça, ırksal kökeni, siyasi düşünceleri, dini veya diğer inançları ortaya koyan kişisel veriler ile sağlık veya cinsel hayatla ilgili kişisel veriler, otomatik işleme tabi tutulmaz. Aynı şey ceza mahkûmiyetiyle ilgili kişisel veriler için de geçerlidir."

<sup>27</sup> Z v. Finlandiya, Application No.22009/93.

<sup>28</sup> Başalp, s.26.

<sup>29</sup> Murat Volkan Dülger, "Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve Türk Ceza Kanunu Bağlamında Kişisel Verilerin Ceza Normlarıyla Korunması", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3(2), Güz 2016, ss.101-167, s.109.

çalıştığı bilgisi de yer almaktadır. Kişilerin bilgi ve rızası olmaksızın sağlık verisinin paylaşılması nedeniyle o dönem yürürlükte olan 95/46 sayılı AB Direktif'i'ne aykırılık dolayısıyla siteyi açan kadın hakkında İsveç Hükümeti idari para cezası uygulamış, başvuru kadını ise bilginin tamamen kişisel ve ev içi faaliyet gereği paylaşıldığı gerekçesiyle Direktif'in uygulanamayacağını iddia etmiştir. Ancak Adalet Divanı, kişinin sağlığına ilişkin verilerin de dâhil olduğu kişisel verilerin, ilgisinin rızası ve bilgisi olmaksızın internette paylaşılmasının Direktif korumasından yararlanacağına hükmetmiştir.<sup>30</sup>

KVKK'nın 6. maddesinde de sağlık verileri özel nitelikli kişisel veri olarak sayılmıştır. KVKK yürürlüğe girişine müteakiben daha inceleme korumaya muhtaç olan kişisel sağlık verileri, Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik<sup>31</sup> ile KVKK'ya paralel olarak kimliği belirli ya da belirlenebilir gerçek kişinin fiziksel ve ruhsal sağlığına ilişkin her türlü bilgi ile kişiye sunulan sağlık hizmetiyle ilgili bilgisi olarak tanımlanmıştır. Hatta Yönetmelik m.6/6'ya göre daha nitelikli bir korumaya muhtaç olan bazı sağlık verileri Bakanlıkça belirlenebilecektir ve sağlık personelinin bu verilere erişimine kısıtlamalar getirilebilecektir, yani Türk hukukunda sağlık verileri sınırlı sayıda değildir.

## 1. Genetik ve Biyometrik Veriler

Mülga 95/46 EC Veri Koruma Direktifi'nde tanınmamakla beraber<sup>32</sup> GDPR'de genetik ve biyometrik veriler de açıkça özel nitelikli veriler arasında sayılmıştır.<sup>33</sup> Genetik veri, insanın kalıtsal veya edinilmiş sağlık ve psikolojik durumuna ilişkin benzersiz ve onu diğer

<sup>30</sup> Feray Özkan, Kişisel Sağlık Verilerinin Korunmasının Pozitif Temelleri ve AIHM Kararlarından Örnekler (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018, dipnot.113.

<sup>31</sup> Resmi Gazete Tarihi: 21.06.2019, Resmi Gazete Sayısı:30808.

<sup>32</sup> Başalp, s.42; Direktif'in yürürlükte olduğu dönemde her ne kadar genetik veriler, sağlık verileri olarak tanınmamış olsa da bu veriler bakımından AB hukukunda boşluğun bulunması veya genetik verilerin geniş anlamda sağlık verisi olarak kabul edilmesi gerektiği bazı yazarlarca ileri sürülmüştü. Zira Direktif lafzi yorumla söz gelimi işçilerden alınacak genetik verilerin, etnik kökenlerinin de tespitini mümkün kılacağı, bu özel verilerin ise işlenmesi ve transferinin yasak olması nedeniyle dolaylı olarak bu sonuca da varılabilecekti.

<sup>33</sup> Paul Voigt/Axel von dem Bussche, The EU General Data Protection Regulation (GDPR) A Practical Guide, Springer, 2017, s.110.

insanlardan ayıran özellikler hakkında veridir.<sup>34</sup>Biyometrik veriler ise insanın fiziksel, fizyolojik veya davranışsal özellikleriyle ilgili özel teknik işlemlerden yararlanarak diğer insanlardan ayırt edici şekilde tanımlanmasını sağlayan kişisel verilerdir.<sup>35</sup>

Gizlilik konusundaki tartışmaların odak noktası olan genetik veriler, her daim tartışma konusu olmuştur. Nitekim özel statüleri gereği *genetik özgüçlük (genetic exceptionalism)* olarak diğer biyolojik ve sağlık verilerinden farklı konumlandırılan bu verilerin, daha özel bir korumadan yararlanamayacağı düşünülemez.<sup>36</sup>

Parmak izleri, hücresel örnekler ve DNA örnekleri alınan başvuruların haklarındaki bir cezai soruşturmada AİHS m.8'in ihlal edildiği iddiasının bulunduğu *S ve Marper/UK*<sup>37</sup> kararında AİHM, mahkûmların DNA örneklerinin sınırlı bir zaman diliminde veya mahkûmun ölümüne değin saklanması mümkün olduğunu vurgulamıştır.<sup>38</sup> Başvurucular, hücresel örneklerinin tutulmasının m.8 bakımından daha derin bir müdahale olduğunu, genetik verilerin kişi ve yakınları hakkında tam bilgi edinilmesini sağladığını ve bu verilerin gizli kalıp kişinin rızası olmaksızın erişilebilir olmasının ihlal mahiyetinde olduğunu iddia etmişlerdir.<sup>39</sup>

Mahkeme değerlendirmesinde DNA örneklerinin, her bir kişi için farklı olduğundan daha hassas kişisel verilerden olduğu, genetik bilgileri taşıdığı için ailevi ilişkileri ve etnik kökenin tespitine olanak tanıdığı ve özel ve aile hayatının gizliliğini ihlal edebilecek veri olduğunu belirtmiştir. Parmak izinin alınması ve kullanılması ceza muhakemesinde gerekli ise de alma, kullanma ve muhafaza edilmesinin farklı olduğu ve parmak izi her ne kadar DNA ve vücut örnekleri kadar detaylı diğer kişisel veri tespitine olanak vermese de muhafazasını m.8'in ihlali olarak değerlendirmiştir.

<sup>34</sup> GDPR m.4/13.

<sup>35</sup> GDPR m.4/14.

<sup>36</sup> Koen Bruynseels/Jeroen van den Hoven, "How to Do Things with Personal Big Biodata", *Social Dimensions of Privacy Interdisciplinary Perspectives*, Ed.Beate Roessler/Dorota Mokrosinska, Cambridge, UK, 2015, s.125.

<sup>37</sup> Application no. 30562/04 ve 30566/04

<sup>38</sup> Para.48.

<sup>39</sup> Para.62.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) m.80' de şüpheli, sanık ya da üçüncü kişiden alınıp incelemeye konu olan genetik verilerin, kişisel veri olduğu açıkça söylenmiştir ve bunlar yalnız yürütülen soruşturma ya da kovuşturma nezdinde kullanılabilirlerdir. Dosya içeriğini öğrenme yetkisine sahip kişiler dışında kimselere de verilmeyecektir.

## B. SAĞLIK VERİLERİNİN İŞLENMESİ

### 1. Genel Olarak

İşleme, Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik'in 4/1 maddesinde *"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 hale getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi sağlık verileri üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlemi"* olarak tanımlanmıştır.

KVKK m.6'ya göre ilgisinin açık rızası bulunmaksızın özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi kural olarak mümkün değildir. İlgilinin açık rızasını ileriye etkili şekilde geri alması ise mümkündür. Ancak sağlık ve cinsel hayata ilişkin bu veriler ancak kanunlarda öngörülen kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler ve yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgisinin açık rızası aranmaksızın işlenebilecektir. Örneğin bilinci kapalı olarak hastaneye getirilmiş bir kimseye gerekli acil tıbbi tedavinin yapılabilmesi için bu kişinin sağlık verileri açık rızası olmaksızın işlenebilecektir yahut bulaşıcı hastalık taşıyan bir kimsenin buna dair sağlık verisi kamu sağlığı için gerekli makama iletildiğinde bu hukuka uygun bir kişisel veri işleme olacaktır.<sup>40</sup> Ayrıca maddenin 4. fıkrası özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinde, Kişisel Verileri Koruma Kurulu tarafından belirlenen yeterli önlemlerin alınmasını şart olarak düzenlemiştir.<sup>41</sup>

<sup>40</sup> Murat Volkan Dülger, "Sağlık Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması ve Hasta Mahremiyeti", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1 (2), 2015, s.55.

<sup>41</sup> Kurul tarafından bu madde hükmüne istinaden ilk kez alınan önlemler "Özel Ni-

Veri kayıt sistemine işleme faaliyetinin otomatik yahut manuel olması KVVK'nın korumasından yararlanmak bakımından önem arz etmemektedir. Ancak manuel yolla yapılan bir işleme, veri kayıt sisteminin bir parçası değilse KVVK'nın uygulama ve koruma alanı bulunmamaktadır.<sup>42</sup> Bu çerçevede hekimin hasta bilgilerini anımsamak amacıyla aldığı notlar, kişisel veri olsa dahi KVVK'nın koruması gündeme gelmeyecektir.

GDPR 9. maddesinde de kural olarak özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinin yasak olduğu düzenlenmiştir. Yani özel nitelikli olan genetik veriler, biyometrik veriler, cinsel yaşam ve sağlıkla ilgili veriler kural olarak işlenemez. Bu nitelikte kişisel verilerin işlenme ve açıklanmasına hangi hallerde cevaz verildiği ise maddenin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. 4. fıkrada ise AB üyesi devletlerin genetik, biyometrik ve sağlıkla ilgili verilerinin işlenmesi bakımından şartlar ve sınırlamalar konusunda daha ileri adımlar atacağı düzenlenmiştir.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 13.02.1997 tarih ve R (97) 5 sayılı *Tıbbi Verilerin Korunmasına Dair Tavsiye Kararı*'na değinilmelidir. Kararın 3. maddesi tıbbi verilerin işlenmesi ve toplanması sırasında özel hayatın gizliliğine saygı hakkı başta olmak üzere gerekli garantinin sağlanmasını öngörmüştür. Karar, tıbbi verileri geniş biçimde yorumlamış ve genetik verileri de bu bağlamda değerlendirmiştir<sup>43</sup>. Prensip olarak tıbbi verilerin işlenmesi ve toplanması sağlık mesleği mensubunca ya da bu kişiler adına hareket eden gerçek ve tüzel kişilerce yapılacak olup sağlık mesleği mensubu olmayan veri sorumluları, ancak görevdeki sağlık mesleği mensubu ile mahremiyet kuralları bakımından ilişkilendirilebilirse ya da iç hukukta yeterli güvenceler varsa veri işleyebilecek ve toplayabilecektir. Tavsiye Karar m.6'da ayrıca esas olarak veri sahibinin rızası ile verilerin işlenmesi ve toplanmasına izin verip bu rızanın açık, spesifik ve aydınlatılmış olması gerektiğini düzenlemiştir.

---

telikli Kişisel Verilerin İşlenmesinde Veri Sorumlularınca Alınması Gereken Önlemler" 31.1.2018 tarihli 2018/10 sayılı Karar ile yayımlanmıştır.

<sup>42</sup> Dülger, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, s.16.

<sup>43</sup> Dülger, "Sağlık Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması ve Hasta Mahremiyeti", s.55.

## 2. Verilerin İşlenmesinden Sorumlu Olası Søjeler

Sağlık hizmetlerinde hastaların mahremiyet hakkı bireylerin bu hizmeti almak üzere sağlık kurum/kuruluşu, birimi ya da personeliyle temasa geçtiği ilk andan itibaren başlar. Hizmetin sunulması sürecinde ve sonrasında devam eder.<sup>44</sup>

Hastaneler, sağlık hizmeti veren kuruluşlar, sosyal güvenlik kuruluşları tıbbi verilere erişen ve bunları kaydeden kuruluşlardır. Kişilerin tıbbi kayıtlarının hukuka uygunluk nedeni bulunmaksızın bunlar tarafından açıklanması mahremiyet hakkının ihlalini oluşturur. Hasta mahremiyetine ilişkin saygı gösterme yükümlülüğü yalnız hekim ve diğer sağlık mesleği mensubunun değil, aynı zamanda hastane yönetiminindir ve hastane yönetiminin organizasyon yükümlülüğünü gündeme getirir.<sup>45</sup>

Kişisel sağlık verilerinin hangi hallerde verileri hukuka aykırı olarak verme, ele geçirme olmayacağına ilişkin Tıbbi Kayıt ve Arşiv Hizmetleri Yönergesi'nde<sup>46</sup> de bir hüküm bulunmaktadır. Bir sağlık kurumunda kurum içi merkezi kayıt sistemine göre kimin hangi verilere erişebileceğine ilişkin rol bazlı tanım kurumca yapılacaktır. Ayrıca bu kapsamda yetkili olmayan sağlık çalışanları kişiler, ancak hastanın yazılı onayı ile kayıtlara erişebilecektir. Hasta taburcu olmuş ise de hiçbir sağlık çalışanı bu kayıtlara erişemeyecektir.

Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik m.6/c'ye göre kişinin sağlık hizmeti almak için hizmet sunucusuna başvurması ile 24 saat süre ile sınırlı olarak; kişinin hizmet sunucusunda yatışı yapılmışsa taburcu olana kadar burada görev yapan hekimlerce sağlık verilerine ulaşılacaktır. Sağlık verilerine erişim süresi dahi belirlenmişken, m.6/4'te bunları anlamsız kılan bir hüküm bulunmaktadır ve hükme göre sağlık hizmeti ihtiyaçlarına göre Sağlık Bilgi Sistemleri Genel Müdürlüğü'nce, KVKK m.6/3'teki kişinin açık rızası olmaksızın sağlık verilerinin açık rıza olmaksızın işlenebileceği haller gözetilerek bu gizliliğe ilişkin kuralların yeniden değerlendirilebileceği düzenlenmiştir.

<sup>44</sup> Gürkan Sert, Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Açısından Sağlık Hizmetlerinde Mahremiyet Hakkı Kavramı, Marmara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, İstanbul, 2007, s.45.

<sup>45</sup> Aydın, s.115.

<sup>46</sup> Sağlık Bakanının 06.11.2001 tarih ve 10588 sayılı olurları ile yürürlüğe girmiştir.

Elektronik reçete ile eczacılar da hastanın hastalık, kullanacağı ilaç gibi sağlık verilerine vakıf olmaktadır. Bu nedenle eczacıların da hasta mahremiyetine uygun davranmaları gerekmektedir. Nitekim Türk Eczacılar Deontoloji Tüzüğü m.4'te "Eczacı, meslek ve sanatının icrası sırasında öğrendiği sırları, kanuni zorunluluk olmadıkça ifşa edemez. Mesleki toplantı veya yayınlarda hastanın kimliği açıklanamaz." şeklinde belirtmiştir.

### a. Süjelerin Cezai ve Disiplin Sorumluluğu

Hekimin hastaya tıbbi müdahalede bulunması, hastaya dair pek çok bilgiye vakıf olmasına olanak tanımaktadır, bunun karşılığı olarak da hekim ve bu bilgilere vakıf diğer tüm yardımcı sağlık personelleri (hemşireden sekretere kadar) hastanın mahremiyet hakkına riayet etmesi gerekir. Aksi durum hekimin ve diğer sağlık personelinin hukuki ve cezai sorumluluğunu gerektirir.<sup>47</sup> Cezai sorumluluk daha evvel de bahsedildiği gibi kişisel verilerin kaydedilmesi be hukuka aykırı olarak verilmesi ve ele geçirilmesi suçları nedeniyle olabilecektir. Türk hukuku bakımından hekimin hastanın mahremiyet hakkını ihlali aynı zamanda Türk hukukunda tıp etiği yönünden standardizasyon sağlayan meslek kurallarına<sup>48</sup> aykırılık oluşturacağından disiplin sorumluluğunu da gündeme getirir.

TCK m.137 kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetkinin kötüye kullanılmak suretiyle kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun işlenmesini ve belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesini daha fazla cezayı gerektiren nitelikli hal olarak düzenlemiştir. Bir sağlık ocağında hasta kaydı yapan görevlinin, hastaların tahlil için kullandıkları tuvalette gizlice hastaların

<sup>47</sup> Mehmet Demir, Hekim ve Hastane Yönünden Tıbbi Sorumluluk Hukuku, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s.166.

<sup>48</sup> Hekimlik Meslek Etiği Kuralları m.9 "Hekim, hastasından mesleğini uygularken öğrendiği sırları açıklayamaz. Hastanın ölmesi ya da o hekimle ilişkisinin sona ermesi, hekimin bu yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Hastanın onam vermesi ya da sırrın saklanması hasta ya da öteki insanların yaşamını tehlikeye sokması durumunda, hastanın kişilik haklarının zedelenmemesi koşuluyla, hekim bu sırrı saklamakla yükümlü değildir. Yasal zorunluluk durumlarında hekimin rapor düzenlemesi de, meslek sırrının açıklanması anlamına gelmez. Hekim, tanık ya da bilirkişi olarak mahkemeye çağrıldığında olayın meslek sırrı olduğunu ileri sürerek Bu görevlerinden çekilebilir."

genital bölgelerini kameraya kaydetmesi Yargıtay'ca<sup>49</sup> belli bir mesleğin sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle özel hayatın gizliliğini ihlal suçu olarak değerlendirilmiştir.<sup>50</sup>

### 3. Elektronik Sağlık Sistemleri ile Sağlık Verilerinin İşlenmesi

#### a. Genel Olarak

Teknolojinin gelişmesi ile beraber sağlık verilerinin kişilerin sağlık hakkından daha etkin istifadesi için kişi hakkında teşhisler, tatbik edilen tedavi ve ilaçlar, medikal geçmişe hekimin erişimine kolaylık sağlanmıştır. Yalnız hekimin değil; ilaç sağlayıcısı, hasta, eczane gibi pek çok aktörün dâhil olduğu bir süreç ile dijital biçimde sağlık verilerine erişim sağlanmaktadır.<sup>51</sup> Bilgi ve iletişim teknolojilerinden yararlanarak sağlık sektöründe mobil cihazlar ve bilgisayarların kullanılması ile elektronik sağlık kavramı gündelik yaşama girmiştir.<sup>52</sup>

Sağlık hizmetleri sürecinin dijitalleşmesi ile beraber de sağlık masraflarında kayıttan doğan harcamalarda önemli ölçüde azalma, medikal hata oranında düşme, tedavinin niteliğinde yükselme, tıp eğitimi ve istatistiki çalışmalarda kolaylık gibi pek çok fayda sağlanmıştır.<sup>53</sup> Merkezi sağlık erişim sistemi vasıtasıyla tek bir sistemden sağlık personeli hasta bilgilerine ulaşabilmektedir. Bu denli büyük ve hassas verinin pek çok aktörün erişimine açık olması ile verilerin güvenliği ve aktörler arasında daha iyi bir sağlık hizmetinin sunulması ve sağlık hakkından yararlanılabilmesi için doğru bilginin temini hayati öneme sahiptir.<sup>54</sup>

Modern zamanın gereği olarak bu sistemlerden yararlanmak gerekli ise de yine teknolojinin olanaklarından faydalanılarak bu sistemlere kaydedilen sağlık verilerinin korunması için güvenilir veri tabanları kullanılmalıdır. Örneğin verilerin güvenli şekilde depolanma ve yönetilmesi için kullanılan blockchain ile ABD'de *The MediLeger*

<sup>49</sup> 4. CD, 14.04.2010 tarih, 1870/6751.

<sup>50</sup> Ramazan Keklik, *Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011, s.261.

<sup>51</sup> Mehmet Murat, *Blockchain ile Güvenli Elektronik Sağlık Sistemi* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Teknik Üniversitesi Bilişim Enstitüsü, 2018, s.28.

<sup>52</sup> Murat, s.31.

<sup>53</sup> Murat, s.32.

<sup>54</sup> Murat, s.28.

*Project, SimplyVital Health, Robomed Network* gibi sistemlerle sağlık kayıtları tutulmaktadır.<sup>55</sup> Blockchainin kullanıldığı sistemlerde, sisteme erişimi olan her bir kimsede verilerin kopyasının bulunması mümkün olsa da herhangi bir kişinin, verileri değiştirmesi mümkün olmayıp diğer kullanıcıların da değişiklikleri onaylaması gerektiğinden kişisel veriler üzerinde tahrifat da yapılamayacaktır.<sup>56</sup> Verilerin gerçek sahipliği kavramının yer aldığı blockchain uygulamalarında hastanın sağlık verilerinin paylaşılacağı kimselerle hastanın onayı alınmadan paylaşım yapılmadığından ve hash değerleri blockchain üzerinde dağınık olarak tutulan sağlık verilerinin manipüle edilip edilmediği geçmişe yönelik de tespit edilebildiğinden güvenilirlik sağlanmaktadır.<sup>57</sup>

Nitekim Dünya Tabipler Birliği'nin 1973 yılında yayımladığı *Bilgisayarın Tıpta Kullanılışına İlişkin Duyuru'da*<sup>58</sup> da ulusal tıp birliklerinin hastalarla ilgili bilgilerin kişiselliği, güvenliği ve gizliliğini sağlamak için olası bütün adımları atması gerektiği ilk maddede düzenlenmiştir.

## **b. Sağlık Verilerinin Dijitalleştirilmesi İle Duyulan Endişeler**

Merkezi sağlık veri sistemi, hastanın kayıtlarının tutulması ve sonraki olası tedavilerini korumak bakımından günümüzde hayati önemi haiz olsa da, veri güvenliği bakımından birtakım endişeleri bünyesinde barındırmaktadır. Amerika'da kişilerin sağlık durumları, önceki tedavileri, medikal geçmişlerine ilişkin kayıtların depolandığı *verichip* isimli kartlar kullanılmakta olup Amerikan Yiyecek ve İlaç Dairesi (FDA) bunlara izin vermiştir.<sup>59</sup> Fransa'da da *carte vitale* adıyla mevcut kişinin tüm sağlık verilerini taşıyan kart, işyeri hekimlerinin işçilerin

<sup>55</sup> Murat Volkan Dülger, "Blockchain ve Hukuksal Kullanım Alanları", H+ Dergi, Sayı 7, 2019, ss.42-47, s.45.

<sup>56</sup> Dülger, "Blockchain ve Hukuksal Kullanım Alanları", s.43.

<sup>57</sup> Murat, s.28.

<sup>58</sup> Duyuru, devletlerdeki tabip birliklerine bir öneri mahiyetindedir. Mahremiyete ilişkin önemli hükümlere yer vermiştir. Bkz. m.3 "Ulusal hekim birlikleri, elektronik bilgi işlemlerine ilişkin olarak, hastanın kişisel, güvenlik ve gizlilik haklarını zedeleyebilecek ya da ortadan kaldıracak bir yasa çıkarmaya yönelik herhangi bir çabaya karşı çıkmalıdır. Sosyal güvenlik numaralarının ve bilgilerinin yetkisiz bir biçimde kullanılmasına ya da değiştirilmesine karşı etkin koruyucu yöntemler, daha bu tip bilgiler bilgisayara yüklenmeden sağlanmalıdır." m.4 "Tıbbi veri bankaları, hiçbir zaman başka merkezi veri bankalarıyla ilişkili olmamalıdır."

<sup>59</sup> Akyürek, s.65.

sağlık durumu hakkında kolaylıkla bilgi sahibi olmasını sağlasa<sup>60</sup> da yalnız iş için bilinmesi gereken sağlık verileri değil, pek çok bilgiye iş ortamında ulaşılmasının sağlanması ayrımcılık gibi endişeleri de taşımaktadır. Nitekim Fransa'da işyeri hekimlerinin karttaki bilgilere erişimi yasaklanmıştır. Hekimin hasta verilerine kolaylıkla erişimini tek bir kayıt sisteminden sağlamasına olanak tanıyan bu enstrüman bir yandan da kişisel verilerin gizliliğinin korunması bakımından birtakım endişeleri beraberinde getirmiştir.

Gelişen teknoloji ile pek çok sağlık verisi ulaşılır kılınmış ancak bu da veri madenciliği tartışmasını gündeme getirmiştir. Nitekim 1993 yılında Amerika'da Maryland eyaletinde yaşayan insanlara daha iyi bir sağlık hizmeti sunumu için sağlık verileri elektronik ortama aktarılmıştır. Bir banker bu verilere erişim sağlayarak kendi müşterilerinin hastalıklarını tespit etmiş ve ölümcül hastalığı olan müşterilerinden borçlarını ödemelerini istemiştir.<sup>61</sup>

### c. Türk Hukukunda Dijital Sağlık Verilerinin Durumu

3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu m.3/1-f'de Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarına kişilerin sağlık durumunu takip ve sağlık hizmetlerinin etkin şekilde yürütülmesini sağlamak için kayıt ve bilişim sistemi kurma görevi yüklenmiştir. Bu maddeye dayanarak da *E-nabız* adı verilen ve e-devlet ile entegre işleyen sağlık bilişim sistemi kurulmuştur.

Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik m.6'da sağlık personelinin sağlık verilerine erişimi bakımından hastanın e-nabız sistemine kayıtlı olup olmamasını kriter olarak belirlemiştir. Sağlık verisine tedavi uygulayan hekimin ulaşabilmesi, sağlık hakkından faydalanmak için gerekli ise de Yönetmelik m.6/2'ye göre e-nabız hesabı kullanıcısı olanlar gizlilik tercihlerini yapılandırarak kayıtları kimlerin görebileceğini belirleyebilirler ve bu yapılandırma sırasında ayrıntılı şekilde gizlilik durumuna dair bilgilendirilirler. Ancak madde, bu gizlilik tercihi nedeniyle sağlık hizmeti sunumunda bir zararın doğması halinde Sağlık Bakanlığının sorumlu olmayacağını hükme bağlamıştır. E-nabız hesabı olmayan kimseler bakımından ise aile hekimi süre

<sup>60</sup> Akyürek, s.65.

<sup>61</sup> Yılmaz, s.56.

sınırı olmaksızın hastanın bilgilerine erişebilecektir. Kanaatimizce maddede geçen herhangi bir süre sınırı olmaksızın ifadesi yerine hastanın ilgili aile hekimliğine kayıtlı olması süresi boyunca ifadesi daha isabetli olacaktır. Zira hastaların hekim seçme hakkı çerçevesinde aile hekimini değiştirmesi mümkün olup bu durumda ilişkinin kalmadığı aile hekimi kayıtlara ulaşamayacaktır. Aile hekimi harici randevu alarak gidilen hekim ise randevu alındığı gün ile sınırlı olarak ve alınan sağlık hizmeti gereği doğrudan bağlantılı işlemler sonlanana kadar kişinin sağlık verilerine erişebilecektir. Bu düzenleme de randevu günü ile sınırlı olma koşulu nedeniyle sorunludur, sözgelimi randevu günü yapılan bir tetkik sonucunu analiz etmek için randevu almaksızın başka bir gün ya da kontrol gününe gelen hastanın tetkik sonuçları diğer sağlık verilerine erişim, randevu günü geçtiğinden mümkün olmayacak ve isabetli bir tedavinin gerçekleşmeme riski doğabilecektir.

Bu başlık altında Sosyal Güvenlik Kurumu'nun (SGK) tebliği<sup>62</sup> ile ihdas edilen *MEDULA* sistemine de değinilmelidir. 5510 sayılı Genel Sağlık Sigortası Kanunu'na göre sigortalı sayılanlar ile bu kişilerin bakmakla yükümlü olduğu kişilere sağlık hizmeti sunucularınca sağlanan sağlık hizmetlerine dair bilgiler, bu sistem aracılığıyla elektronik ortamda gönderilmektedir. Sağlık hizmeti sunucularının, sağlık hizmeti sunduğu kişilere ait bilgileri SGK'ya gönderme zorunluluğu 5510 sayılı Kanun'un 78. maddesinden<sup>63</sup> kaynaklanmaktadır. Bilgilerin kaybolmasının önüne geçmek ve SGK'nın yapacağı ödemeler için gerekli prosedürde uyumun sağlanması bakımından bu sisteme geçilmesi isabetlidir, zira ilgili madde de elektronik ortamda veri paylaşımına cevaz vermiştir.

### (1) Çocukların Sağlık Verilerinin İşlenme Durumu

Çocukların sağlık verileri bakımından mahremiyeti Yönetmelik m.8, e-nabız üzerinden bir onay gerekmeksizin ebeveynin ulaşabile-

<sup>62</sup> Genel Sağlık Sigortası Kapsamında Uygulanan Medula Sistemi Hakkında Tebliğ. Resmi Gazete Tarihi: 6.12.2006, Resmi Gazete Sayısı: 2636.

<sup>63</sup> 1. fıkrada "Kurum ile sözleşmesi olan, tüm sağlık hizmeti sunucuları, sağlık hizmeti sunduğu tüm kişilere ait sözleşme hükümlerinde yer verilen bilgileri, belirlenen yöntemlere ve süreye uygun biçimde elektronik ortamda veya yazılı olarak Kuruma göndermek zorundadır. Bu bilgiler gönderilmeksizin talep edilen sağlık hizmeti bedelleri, bilgiler gönderilinceye kadar ödenmez."

ceğini öngörmüş; ancak kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanma bakımından 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m.16'yla uyumlu olacak şekilde mümeyyiz çocukların sağlık kayıtlarına ebeveyninin erişimini izne tabi tutabileceğini düzenlemiştir. Yönetmelik özel olarak hangi tıbbi müdahaleler bakımından ebeveynin sağlık verilerine ulaşamayacağına ilişkin bir hüküm öngörmediğinden eleştiriye muhtaçtır.<sup>64</sup> Ayrıca, mümeyyiz çocuk kıstasını kullanmış ve özel olarak yaş belirtmemiştir.<sup>65</sup> Söz gelimi cinsel dokunulmazlığına ilişkin bir fiile rıza gösterme ehliyetine sahip 15 yaşını tamamlamış bir çocuğun jinekolojik bir tıbbi müdahale istemesi halinde durumdan ebeveyn haberdar edilecek midir, sorusu cevapsız kalmaktadır. Özellikle bu mahiyette bir tıbbi müdahalede çocuğun mahremiyet hakkının ihlal edilmesi aynı zamanda sosyolojik gerçeklik de gözetildiğinde sakıncalı durumlara sebep olabilecektir.<sup>66</sup> Çocuğun ebeveyni ya da diğer kanuni temsilcisinin sağlık sigortasından yararlanması halinde sigorta kapsamında

<sup>64</sup> AB ya da Avrupa Konseyi düzeyinde belirli bir yaş ile çocuk hastaların mahremiyetine ilişkin hüküm bulunmamaktadır. Ancak ABD'de çoğu eyalet kanunları ve federal kanunlara göre, küçüklerin sağlık hizmetleri alabilmesi için ebeveynleri veya kanuni temsilcileri bu tür hizmetlere rıza göstermelidir. Ancak HIPAA (Health Insurance Portability and Accountability Act) ve diğer kanunlar hangi durumlarda ebeveyn ya da diğer kanuni temsilcilerin rızası aranmaksızın çocukların sağlık hizmetlerinden yararlanabileceğini açıkça düzenlemiştir. Bu müdahaleler genellikle iki kategoriye ayrılır: hamile çocuklar veya ergin kılınmış çocukların yararlanacağı sağlık hizmetleri ve tüm küçüklerin kanuni temsilci rızasızın kesin biçimde yararlanabileceğini düzenleyen kanunlar. Çocuklara uygulanacak tıbbi müdahalelerde rıza gösterme hakkına sahip olan ebeveyn ya da temsilci aynı zamanda ona ilişkin verilere de erişme hakkına sahiptir. Ancak sayılan rızanın gerekmediği hallerde çocuğun kişisel sağlık verilerine ebeveyn ya da temsilci erişmemektedir. Bkz. Neil Calman/Helen R. Pfister/Ruth Lesnewski/Diane Hauser/Nandini Shroff, "Electronic Access to Adolescents' Health Records: Legal, Policy and Practice Implications", Family Practice Management, Mart/Nisan 2015, s.11 Çevrimiçi [www.aafp.org/fpm](http://www.aafp.org/fpm) (11.07.2019).

<sup>65</sup> Calman/Pfister/Lesnewski/Hauer/Shroff, s.12; New York Eyaleti Sağlık Bilgi Ağının geliştirilmesinden sorumlu olan New York E-Health Collaborative, ABD toplumunda ergenlik, cinsel aktivitelere başlama yaşı ve doğum yapan anne yaşlarını da dikkate alarak gençlere yönelik sağlık bilgilerinin değişimini sağlayan bir politika oluşturdu. 10 yaş ve üstü çocukların sağlık verileri ancak çocuğun rızası ile paylaşılmaktadır. Diğer eyaletlerde de yaş aralığı 10-16 arasındadır.

<sup>66</sup> 25.06.2012 tarihli bir gazete haberine göre, hamile olan genç kızın gebelik sürecine ilişkin GEBESİS üzerinden aile hekimi kızın babasına mesaj göndermiştir. Medyada da pek çok kimse tarafından bu türden mahremiyet ihlalleri nedeniyle genç kızların töre saiki ile öldürülebileceği endişesi dile getirilmiştir. Çevrimiçi <http://www.hurriyet.com.tr/gundem/aile-hekiminden-bekar-genc-kiz-babasina-sokcep-mesaji-tebrikler-kiziniz-hamile-20837705> (11.07.2019).

ilgili kişiye sigortadan yararlanan çocuğun aldığı sağlık hizmeti bilgisi verilmesi ya da ilgilinin buna bilgiye erişmesi de çocuğun mahremiyet hakkını ihlal edebilecektir.<sup>67</sup>

Hasta yakınlarının sağlık verilerine ulaşması ise HHY m.18/3'e atıf yapılarak hastanın bir başkasının bilgilendirilmesini istemesi halinde hastanın imzası ile bu mümkün olabilecek ve ilgili hasta yakını sağlık verilerine erişebilecektir.

#### 4. Güvenlik Kameralarının İşleme Durumu

Hastanelerde bulunan güvenlik kameraları da verilerin işlenmesi bağlamında değerlendirilmelidir. Hastaların hastaneye giriş çıkışları ve ziyaret ettikleri klinik bilgilerin kaydı da sağlık verileridir. Sağlık mesleği mensuplarına yönelik şiddet olayları yahut hasta yakınlarının arasında yaşanan olaylar da gözetildiğinde güvenlik kamerası kullanımını gerekli bir müdahale olarak değerlendirilebilirse de bu kayıtlar hasta mahremiyeti bakımından sakıncalıdır, zira özel nitelikli veri olan bu kayıtların başkalarının eline geçmesi yahut başkaca amaçlarla kullanılması da mümkündür.<sup>68</sup>

Kanaatimizce KVKK m.6'da sayılan özel nitelikli kişisel verilerin işleme şartlarına tabi olarak kişilerin açık rızası ile hastane giriş çıkış ve kliniklerde görüntü kaydı yapılabilir. Hastane ve hasta arasında bulunan sözleşmeye hastanede içinde bulunan güvenlik kayıtları ile kayıt yapıldığına ilişkin aydınlatma bulunmalı ve hasta kayda rıza gösterdiğini açıkça belirtmelidir. Konuya ilişkin Özel Hastaneler Yönetmeliği<sup>69</sup> m.49/5'te hasta mahremiyeti dikkate alınmak kaydıyla, ortak kullanım alanlarının kamera kayıt sistemi ile kayıt altına alınacağı ve bu kayıtların en az 2 yıl süre ile saklanacağı düzenlenmiştir. Yine uygulamada sıklıkla karşılaşılan hastanın hekimin tedavi yöntemini cinsel saldırı veya cinsel taciz olarak nitelendirmesi muayene

<sup>67</sup> Bkz. Calman/ Pfister/Lesnewski/Hauer/Shroff, s.12; ABD'de üreme sağlığı, mental sağlık ve doğum öncesi sağlık hizmetleri konularında çocuk doğrudan tıbbi müdahaleye rıza gösterebilmektedir. Örneğin New York eyaletinde durum böyle olup bu sağlık hizmetlerinden yararlanan çocuğun sağlık verileri mahremdir, ebeveyn ya da kanuni temsilci ile paylaşılabilir. Örneğin bu çocuk ailesinin sağlık sigortasından yararlanıyorsa çocuğun mahremiyetini ihlal edecek biçimde ebeveyn sağlık hizmetini faturalayamaz.

<sup>68</sup> Keklik, s.232.

<sup>69</sup> Resmî Gazete Tarihi: 27.03.2002, Resmî Gazete Sayısı: 24708.

odasında yalnız hasta ve hekim bulunduğundan ispat sorunlarına yol açmaktadır. Bu durumda güvenlik kamerası muayene odası girişinde bulunmalı ve de hekim ve hastanın açık rızası ile muayene odasında yardımcı sağlık personeli de bulunabilmelidir.

## C. SAĞLIK VERİLERİNİN MAHREM OLMA NİTELİĞİNİ YİTİRMESİ

### 1. Sağlık Verilerinde Mahremiyetin Sona Erdiği Haller

#### a. Arşivleme

Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği<sup>70</sup> m.32’de her yataklı tedavi kurumunun merkezi tıbbi arşivinin bulunacağı düzenlenmiştir. Arşivlenecek veriler; bütün servislerin ve olanakları ölçüsünde polikliniklerin işi biten dosyaları ve istatistiki düzenlemelerdir. Bu merkezi tıbbi arşivin çalışma şekli ve verilerin bilgisayar ortamında kaydına ilişkin şekli, Yönetmelik, Yönerge’ye bırakmıştır. Bahsi geçen Yönerge ise Yataklı Tedavi Kurumları Tıbbi Kayıt ve Arşiv Hizmetleri Yönergesi’dir.<sup>71</sup> Yönerge, Sağlık Bakanlığı’na bağlı bütün kurum ve kuruluşları bağlamaktadır. Yönerge’ye Yataklı Tedavi Kurumları Tıbbi Kayıt ve Arşiv Hizmetleri Yönergesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönerge<sup>72</sup> ile teknik detaylı hükümler getirilmiştir. Bu değişiklik ile gizliliği ve veri güvenliğini sağlamak için bilgi sistemlerinde yedekleme, veri tabanı güvenliği, sunucu güvenliği gibi hususlar ayrıntılı düzenlenmiştir. Yönerge’nin kişisel sağlık kaydı kapsamı; hasta ile ilgili sözlü bilgi, yazılı bilgi, tıbbi müdahaleler, ön tanı, teşhisler, grafik imajları, fatura gibi konular olup sınırlı sayıda değildir.

Yataklı Tedavi Kurumları Tıbbi Kayıt ve Arşiv Hizmetleri Yönergesi m.15, adli vakalara ilişkin tüm tahlil, tetkik sonuçları ile her türlü kayıt, doküman ve hasta dosyalarının en az yirmi yıl süreyle yataklı tedavi kurumunun arşivinde muhafazasının zorunlu olduğunu düzenlemiştir. Ancak Yönerge’nin muhafazaya ilişkin azami süreyi belirlememesi eleştiriye muhtaçtır. Konuya ilişkin Özel Hastaneler Yönetmeliği m.49’da da ilgili mevzuat hükümleri saklı kalmak üzere özel

<sup>70</sup> Resmi Gazete Tarihi: 13.1.1983, Resmi Gazete Sayısı: Mükerrer 17927.

<sup>71</sup> Sağlık Bakanı’nın 06.11.2001 tarih ve 10588 sayılı olurları ile yürürlüğe girmiştir.

<sup>72</sup> 06.06.2007 tarihli ve 5228 sayılı makam onayı ile yürürlüğe girmiştir.

hastanede tutulan hasta dosyalarının en az 20 yıl süre ile muhafaza edilmesi gerektiği düzenlenmiştir.

### b. Anonimleştirme

GDPR m.89'da kamu yararı için arşivleme yapılması amacıyla, bilimsel veya tarihi araştırma amacıyla veya istatistiki çalışmalar amacıyla verilerin daha uzun süre depolanabileceği öngörülmüştür.<sup>73</sup> Ancak bunun için gerekli tedbirler, veri minimizasyonu gözetilerek alınmalıdır. Arşivleme amacıyla yapılacak bu uzun süren muhafazanın, ilkeyi zedelememesi adına GDPR *pseudonymisation* adı verilen bir yöntem benimsemiştir ve bu yöntem uyarınca; verinin belirli bir kişi ile ilişkilendirilebilir olma unsuru kaldırılacak yahut yapay bir isimle değiştirilecektir.<sup>74</sup>

Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik de m.5/5'te *maskelemeden* bahsetmiş ve bu yönteme göre kişisel verilerin belirli alanlarının, kimliği belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişiyle ilişkilendirilemeyecek şekilde silinmesi, üstlerinin çizilmesi, boyanması ve yıldızlanması yolu ile basılı materyaller üzerinde bu verilerden sağlık personelleri yararlanabilecektir.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi 4. maddesinde tabip ve dış tabiplerinin mesleklerinin icrası nedeniyle öğrendikleri sırları kanuni mecburiyet olmadıkça ifşa edemeyeceklerini düzenlemiş ve tıbbi toplantılarda takdim ederken yahut yayım yaparken de hastanın kimliğinin açıklanamayacağını düzenlemiştir. Nitekim hekimler tebliğ ve sunumlarında hastanın kimliğini anonimleştirerek bu yükümlülüğünün gereğini yerine getirmektedir.<sup>75</sup> Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik m.16'da KVKK m.28/1-b'ye uygun olarak bilimsel çalışmalarda veri sorumlusunun sağlık verilerini anonim hale getirilmesi ile kullanılabileceği düzenlenmiştir.

<sup>73</sup> Özkan, s.20.

<sup>74</sup> Çevrimiçi <https://gdpr.report/news/2017/11/07/data-masking-anonymisation-pseudonymisation> (15.05.2019).

<sup>75</sup> Hasta Hakları Yönetmeliği m.23/4 "Araştırma ve eğitim amacı ile yapılan faaliyetlerde de hastanın kimlik bilgileri, rızası olmaksızın açıklanamaz"; 29863 sayılı Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi ve Mahremiyetinin Sağlanması Hakkında Yönetmelik m.5/7 "Kişisel sağlık verileri anonim hale getirilmek kaydıyla; sağlık politikalarının belirlenmesi, sağlık maliyetlerinin hesaplanabilmesi, sağlık hizmetlerinin geliştirilmesi, bilimsel faaliyetler ve istatistiksel çalışmalarda kullanılmak üzere yayımlanabilir ve aktarılabilir."

Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik m.4 ile ilk kez *açık sağlık verisi* kavramına yer verilmiştir. Anonim hale getirilmiş ve fikri mülkiyet hakları ihlaline yol açmayacak herhangi bir amaç ile serbestçe kullanılabilen bu veriler, sağlık hizmetlerine ilişkin strateji geliştirmek, bilimsel araştırma yapmak, şeffaflığı sağlamak için bir internet sitesi üzerinden Sağlık Bakanlığınca kişilerle paylaşılacak veriler olduğu düzenlenmiştir. Bir gerçek kişi ile ilişkilendirilebilirlik unsuru ortadan kalktığı için açık sağlık verileri, kişisel veri korumasından yararlanamamaktadır.

### c. Ölüm

Hastanın yaşamının sona ermesi halinde mahremiyet hakkı kapsamındaki bilgilerin akıbeti tartışmalı olmakla beraber sağlık mesleği mensubunun hastanın tıbbi durumunun detaylarını paylaşmaması gerektiği kabul edilir.<sup>76</sup> Nitekim Hasta Hakları Yönetmeliği m.21/3'te ölüm olayının mahremiyetin bozulması hakkını vermediği düzenlenmiştir. Türk Tabipler Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları 9. maddesinde de hastanın ölmesi ya da hekimle ilişkisinin sona ermesinin sır saklama yükümlülüğünü kaldırmayacağı ifade edilmiştir.<sup>77</sup> Ancak bu hükümlere rağmen hatalı olarak Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik m.11 ölüm halinde veraset ilamı olan yasal mirasçının murisinin sağlık verilerine ulaşabileceğini düzenlemiştir.

### d. İlgilinin Rızası

Hasta tıbbi durumunu kamuya açık hale getirdiğinde sağlık mesleği mensubunun sır saklama yükümlülüğünden söz edilemeyecektir.<sup>78</sup> Aynı biçimde hastanın sağlık verilerinin yayılmasına ilişkin rızasının olması ve hasta bilgilerinin anonimleştirilerek vaka olarak tıbbi mecmualarda, platformlarda yayınlanması da sır saklama yükümlülüğünün ihlali değildir.

İlgilinin rızası bakımından Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik m.10 ile avukatların müvekkillerinin sağlık verilerine erişimini buna ilişkin açık rızanın yer aldığı vekâletname ile mümkün kılmasına da değinilmelidir. İlgili hüküm her ne kadar barolar tarafından elesti-

<sup>76</sup> Jonathan Herring, *Medical Law and Ethics*, 5. Baskı, Oxford University Press, UK, 2014, s.2, s.226.

<sup>77</sup> Demir, s.167.

<sup>78</sup> Herring, s.235.

rilse de kanaatimizce tıbbi müdahaleyi gerçekleştiren hekimin dahi tedavi için gerekli sağlık verilerine ancak hastanın rızası ile ulaşabilmesi karşısında özel yetki şartı öngörülmesi isabetlidir; ancak bu düzenleme Yönetmelik ile değil, kanun ile yapılmalı idi.

## 2. Mahrem Olma Niteliğini Yitiren Veriler Bakımından Ceza Hukuku Bağlamında Sağlanan Koruma

KVKK m.7'ye göre Kanun ve diğer kanun hükümlerine uygun şekilde işlenmiş olmasına rağmen, işlenmesi gereken sebeplerin ortadan kalkması halinde söz konusu verinin re'sen veya ilgisinin talebi üzerine veri sorumlusu tarafından silinmesi, yok edilmesi veya anonim hale getirilmesi gerekmektedir.

TCK m.138 kanunların belirlemiş olduğu muhafaza etme süresi geçmesine karşın verilerin sistem içinde yok edilmemesini suç olarak ihdas etmiştir. Zira kişisel veri tutulduktan sonra verinin ne süre boyunca muhafaza edileceğinin bilinmemesi, kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ile de bağdaşmamaktadır.<sup>79</sup> Bu minvalde bir suç ihdası, kişisel verilere hâkim olan ilkelerden öngörülen ve işlenen amaç için gerekli olduğu süre kadar muhafaza edilmenin de ceza hukuku korumasından yararlandığına delalet eder. Zira GDPR m.5'te ve KVKK m.4 genel ilkelerde de öngörüldüğü gibi kişisel verilerin korunmasında veri minimizasyonu ilkesi bünyesinde amaçla sınırlı olma ve ölçülülüğü de taşır. Amaç gerçekleştikten sonra da verinin muhafazası gereği bulunmadığından TCK m.138'deki suç ihdas edilmiştir.

Ancak madde metninde tüm kişisel verileri kapsar biçimde bir veri muhafaza etme süresi belirlenmemiş olup bu sürenin saptanması özel kanunlara bırakılmıştır. Sağlık verileri bakımından genel bir hüküm olarak mülga Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi ve Mahremiyetinin Sağlanması Hakkında Yönetmelik m.9/3'te merkezi kayıt sistemine aktarılan verilerin, aktarımın yapıldığı tarihten 10 yıl sonra yerel veri tabanından silinebileceği düzenlenmişti. Bu suçun ihdas amacı gözetildiğinde kanun koyucunun kişisel sağlık verilerine ilişkin düzenlemelerde veya ikincil mevzuatta muhakkak muhafaza etme süresi ve yok etme süre ve usullerini düzenlemiş olması gerektiği kanaatindeyiz. Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik'te ise verilerin mu-

<sup>79</sup> Özkan, s.21.

hafaza edilme ve yok edilmesine ilişkin külli bir süre ölmüş kimsenin kişisel sağlık verilerinin en az 20 yıl saklanacağına ilişkin m.m.11/2 hariç bulunmamaktadır.

AİHM ise *S ve Marper v. UK*<sup>80</sup> başvurusunda haklarında yürütülen ceza soruşturmasında parmak izi, doku örneği ve DNA örneği alınan başvuruçuların bu kişisel verilerinin, yağmaya teşebbüs suçundan be-  
raat eden ilk başvuruçunun ve partnerine cinsel saldırıda bulunan ve hakkındaki ceza muhakemesi süreci duran ikinci başvuruçunun sayı-  
lan kişisel verilerinin belirsiz süre için saklanması m.8'in ihlali ol-  
duğuna hükmetmiştir. Ancak benzer bir konuda olan *Peruzzo ve Mar-  
tens v. Almanya*<sup>81</sup> başvurusunda AİHM, farklı bir sonuca ulaşmıştır.  
Hükümlü başvuruçuların gelecekte olası cezai işlemlerde kullanılmak  
üzere DNA profilleri alınmış ve ihlal olarak değerlendirilmemiştir.  
Kararında *S ve Marper v. UK* içtihadını kıyaslayan AİHM, iç hukuka  
göre kişilerden DNA örneklerinin alınması, saklanması ve tutulması-  
nın ancak ciddi suçlardan hüküm giymiş kimseler bakımından ve kuv-  
vetle muhtemel gelecekte de benzer suçlardan cezai takibata uğraya-  
cak kişiler bakımından mümkün olduğunu belirtmiştir. Karara konu  
olayda da yerel mahkeme yeterli ve ölçülü bir biçimde kişilerin tekrar  
suç işlemeleri mümkün olduğu tespitini yapmıştır ve iç hukukta DNA  
örnek ve profillerinin belirtilen amaç harici kötüye kullanılmaması için  
gerekli önlemlerin alındığı gerekçesiyle aleyhine başvuruçuların devletin  
takter marjı kapsamında ihlal mahiyetinde olmayan bir işlem olduğu-  
na hükmetmiştir.

### III. HASTA MAHREMİYETİ HAKKININ SINIRLANABİLECEĞİ HALLER

#### A. HASTA MAHREMİYETİ HAKKI VE BU HAKLA YARIŞAN BAZI HUKUKİ DEĞERLER

Kişilerin sağlık verilerinin rızaları olmaksızın açıklanması kural olarak özel hayatın gizliliğini ihlal teşkil eder.<sup>82</sup> Nitekim AİHM bir kararında AIDS hastası olan bir kişinin bu durumunu onun rızası olmaksızın öğrenen ve onu işe almayı reddeden işverenin fiili üzerine

<sup>80</sup> Application no. 30562/04 ve 30566/04.

<sup>81</sup> Application no. 7841/08, 57900/12.

<sup>82</sup> Akyürek, s.66.

yargıya nakleden uyuşmazlıkta özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiğine hükmetmiştir.<sup>83</sup> Aynı doğrultuda Anayasa Mahkemesi, 2014/19081 no'lu başvuruda HIV pozitif olması nedeniyle işten çıkarılan işçinin, açtığı davada duruşmanın gizli yapılması talebinin mahkemece reddinde kişisel verilerin ve özel hayatın gizliliğinin korunması hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir. Zira AYM, HIV pozitif hastaların önyargıya muhatap olduğu ve dışlanma ve ayrımcılığa maruz kalabileceğinden gizlilik talebinin makul ve savunulabilir olduğuna ve ilk derece mahkemesinin duruşmanın gizliliği talebini red kararının ayrıntılı ve gerekçeli olması gerektiği yorumunda bulunmuştur.

AİHM her olayın somut özelliklerini ele alıp söz konusu bilgilerin ifşasının m.8'in ihlali olup olmadığını değerlendirir. *Z v. Finlandiya*<sup>84</sup> başvurusunda bir suç nedeniyle soruşturulan şüphelinin HIV taşıyıp taşımadığını tespit için eşinin sağlık kayıtlarına dayanması ve bu kayıtların mahkeme tutanaklarına geçmesini eşin AİHS m.8 kapsamındaki hakkının ihlal edildiği iddiası ile incelemiştir. AİHM, kişinin tıbbi kayıtlarının m.8 kapsamında olduğunu kabul etmekle beraber soruşturma konusu suçun ehemmiyetini öncelikle ihlal mahiyetinde görmemiştir.<sup>85</sup>

## 1. Eğitim Hakkı

Sağlık mesleği mensubu olmak, kişiye otomatik olarak tıbbi müdahalelerde bulunma hakkını vermediğinden birtakım personelin tıbbi müdahale sırasında bulunması, müstakbel sağlık çalışanlarının eğitim hakkı ile yarışabilir ve hastanın özel hayatına müdahale teşkil edebilir. AİHM, *Konovalova v. Rusya*<sup>86</sup> başvurusunda doğum sırasında tıp fakültesi öğrencilerinin de ameliyathanede bulunmasının hastanın mahremiyet hakkını ihlal edip etmediğini ele almıştır. Olayda hastanenin jinekoloji bölümüne doğum için kabul edilen başvuruca

<sup>83</sup> Akyürek, s.66.

<sup>84</sup> Application no.22009/93.

<sup>85</sup> Ancak AİHM, her somut olayı kendi şartları dâhilinde değerlendirdiğinden Panteyenko v. Ukrayna kararında ceza yargılaması için gerekli olmayan, kişinin psikiyatrik durumuna dair verilerin ilgili kurumdan talep edilip duruşmada okunmasını özel yaşamın ihlali olduğuna hükmetmiştir. (Aktaran: Yusuf Ziya Polater, *Türk Hukukunda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s.126).

<sup>86</sup> Application no. 37873/04.

verilen bilgilendirme kitapçığında, hastanenin aynı zamanda eğitim hastanesi olması nedeniyle jinekoloji ve obstetrik öğrencilerinin de tıbbi müdahale esnasında bulunacağı bilgisi verilmiştir. Rus Hükümeti, tıp fakültesi öğrencilerinin müdahaleye katılmalarının, eğitimlerinin bir parçası olduğunu ve Rusya Sağlık Hizmeti Kanunu m.54'e göre tıp fakültesi öğrencilerinin eğitim amacıyla müdahalelerde bulunabileceği öngörüldüğü ve başvuruçunun öğrencilerin katılımına itiraz etmediğinden m.8'in ihlal edilmediğini ileri sürmüştür. Ancak hastaya bu kitapçığın verildiği an tespit edilememektedir. Ayrıca şiddetli kasılmaları olan 40 haftalık hamile başvuruçunun, öğrencilerin de doğum sırasında bulunmalarına, karşı çıkma olanağının bulunup bulunmadığı anlaşılamamaktadır.

En nihayetinde AİHM, Sağlık Hizmeti Kanunu'nun ilgili maddesinin yalnız öğrencilerin eğitimi için genel çerçeveyi çizdiğini, hastanın öğrencilerin katılımına itiraz etmesinin mümkün olup olmadığını ve hasta mahremiyeti bakımından ayrıntılı koruma içermediğini belirtmiş ve m.8'in ihlal edildiğine hükmetmiştir.

Türkiye'de de mevcut üniversite hastanelerinde benzer mahremiyet hakkı ihlali iddiaları ile karşılaşılması açısından hastaların, tıp fakültesi öğrencilerinin müdahale sırasında bulunması için rızası aranmalıdır. Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği<sup>87</sup> m.7'ye göre poliklinik muayenelerinde gizlilik esas olup poliklinik odasında tıp ve yardımcı tıp mesleği personelinden başkası bulunmamalıdır. Hasta yakınının bulunması için de hastanın rızası aranmalıdır.

## 2. Din ve Vicdan Özgürlüğü

AİHM'e giden *Avilkina ve diğerleri v. Rusya*<sup>88</sup> başvurusunda, başvuruçular rızaları olmaksızın sağlık dosyalarının savcılık ofisine verilmesi ile AİHS m.8'in ihlal edildiğini iddia etmişlerdir. Başvuruçulardan biri Yehova Şahitleri İdari Merkezi'dir ve bu kurumun faaliyetleri aleyhine pek çok kere devletin çeşitli makamlarına başvuruda bulunmuş ancak cezai bir kovuşturma bulunmasa da St. Petersburg Şehir Savcısı, Sağlık Komitesi'ne şehirdeki tüm medikal kuruluşlarda kan naklini reddeden Yehova Şahitleri'nin listesini istemiştir. Talebinde

<sup>87</sup> Resmi Gazete Tarihi: 13.1.1983, Resmi Gazete Sayısı: Mükerrer 17927.

<sup>88</sup> Application no. 1585/09.

Savcı, kuruma ilişkin yapılan soruşturmada faaliyetlerin illegal olup olmadığının tespiti gerektiğinden ve bu kurumun üyelerinin esasen kan naklini reddeden kişiler olduğundan hareketle listelerin gerektiği belirtilmiştir. Rusya Halk Sağlığı Kanunu Temel Prensipleri m.61'e göre tıbbi konsültasyon, bireyin sağlığı, teşhisi ve muayene veya tedavi sırasında elde edilen diğer veriler hakkındaki bilgiler gizlidir. Ancak istisnai hallerde bu gizlilik ortadan kalkar ve maddenin 3. fıkrasına göre bu hallerden biri de soruşturma makamlarının talebi üzerine, soruşturma veya adli işlemlerle ilgili olarak savcı veya mahkeme ile verilerin paylaşılmasıdır. Yehova Şahitleri İdari Merkezi'nin faaliyetleri konusunda şikâyetler bulunsa da hastane kayıtları savcılık ofisine verilen kişiler hakkında bir suç şüphesi ve cezai soruşturma ve kovuşturma bulunmamaktadır ve bu kişiler, sağlık kuruluşunda kan naklini reddeden masum kişilerdir.

AİHM, sağlık verilerinin özel hayatın gizliliği korumasından yararlanarak kişilerin ayrımcılığa maruz kalmasının önlenmesi ve ayrıca kişilerin tıp mesleği ve sağlık hizmetlerine olan güvenin korunduğunu genel kural olarak belirtmiştir. Ancak bir suç şüphesinin bulunması halinde çatışan kişisel yarar ve kamu yararı arasındaki denge de taraf devletin takdir yetkisindedir. Bununla birlikte başvuru gerçek kişiler hakkında suç şüphesi olmayıp başvuru organizasyon hakkında gelen şikâyetler nedeniyle soruşturma yürütülmektedir. Soruşturmanın selameti açısından savcılık, Yehova Şahidi olan gerçek kişilerin bilgilerine başvurarak kişisel verilerini açıklamaya davet ederek sağlık verilerine başvurabilecekken başvuru rızası hatta bilgisi olmaksızın sağlık verilerine hastane vasıtasıyla ulaşmayı tercih etmiştir. Bu nedenle de AİHM, dini organizasyon harici başvuru bakımından m.8'in ihlal edildiğine hükmetmiştir.

### 3. Basın Özgürlüğü

Kişinin kamusal bir figür olması, kamusal bir merakın tatminini de gündeme getireceğinden bu durumda kişilerin haber alma hakkı ve basın özgürlüğü nedeniyle özel hayatın gizliliği ihlal edilmiş olmayabilir.<sup>89</sup> Ancak bu durumda hastanın mahremiyet hakkının, haber alma hakkı ve basın özgürlüğü ile yarıştığı durumlarda kişilerin menfaati

<sup>89</sup> Keklik, s.52.

ve kamunun menfaati arasında adil bir denge aranır.<sup>90</sup> Bu çerçevede Daily Mirror gazetesi bir haberinde yüksek güvenlikli bir akıl hastanesinde ömür boyu kalma cezasına mahkûm edilen ünlü bir katil olan Ian Brady'nin geçmiş medikal kayıtlarına yer vermiş ve Lordlar Kamarası basın özgürlüğünü önceleyerek tıbbi kayıtların mahremiyeti hakkının basın özgürlüğü ile yarıştığına ve basının kaynaklarını açıklamaya zorlanamayacağına hükmetmiştir.<sup>91</sup>

*Le Conseil d'État* da bir raporunda devlet başkanının sağlık durumunu toplumun bilmesi gerektiğini belirtmiştir. Aynı doğrultuda Avrupa Konseyi Danışma Meclisi, kamusal yaşamda etkin rol oynayan kimselerin de özel hayatına saygı gösterilmesi hakkına sahip olduklarını ancak kamusal yaşamda etkilerinin olması nedeniyle bu hakkın istisnaları olabileceğini belirtmiştir.<sup>92</sup> Türk Anayasa Mahkemesi<sup>93</sup> de bireyin korunması gereken mahrem alanının toplumsal konumu dikkate alınarak kamusal alana doğru genişleyebileceğini kabul ettiğinden<sup>94</sup> bu kişiler bakımından hasta mahremiyeti hakkı da kamu yararı ve haber alma hakkı nedeniyle sınırlanabilecektir.

Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun güncel bir kararına konu olayda, kişinin babasının kanser tedavisi gördüğü bilgisi bir gazetede yer almıştır. Üstelik sağlık verisi işlenen kişinin, kendisi dahi kanser hastası olduğundan habersiz olup durumunu gazeteden öğrenmiştir. Durumu öğrenen bu kişinin tedaviyi reddetmesi ve psikolojisinin bozulması üzerine Kurul, kişinin gazetede sağlık verisi işlenmesinde kamu yararı bulunmadığından bahisle gazete hakkında idari para cezasına hükmetmiştir.<sup>95</sup>

#### 4. Kamu Sağlığı

Bazı hastalıkların bildirimini kanunen zorunlu tutulmuş olabilir, yine bunların bildirimini hasta mahremiyetinin ihlali teşkil etmeyecektir. 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu m.57 ile bazı hastalıkların bil-

<sup>90</sup> Davis, s.305.

<sup>91</sup> Davis, s.326.

<sup>92</sup> Akyürek, s.67.

<sup>93</sup> Bkz. Birsen Berrak Tüzünataç Başvuru No.2014/203/64 para.44.

<sup>94</sup> Gökcan, s.177.

<sup>95</sup> Çevrimiçi <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6663/2019-372> (19.02.2020).

dirimi zorunlu olduğundan sağlık mesleğinin bu bildirimini sır saklama yükümlülüğünün ihlali teşkil etmez, nitekim kamu sağlığının korunması hedeflendiğinden AY m.17/2 ile de bağdaşır bir düzenlemedir. 7402 sayılı Sıtmanın İmhası Hakkında Kanun m.11 de her sıtma vaka-sının ihbarını mecburi tutmuştur. AIDS hastalığı da 7.10.1985 tarih ve 3765 sayılı Sağlık Bakanlığı onayı ile ihbarı mecburi hastalıklardandır.

### 5. Devletin Ekonomik Menfaati

AIHM MS v. İsveç<sup>96</sup> başvurusunda başvuru, Devlet Sigorta Ofisi'nden iş kazası nedeniyle peyda olduğunu iddia ettiği bel ağrısı için tazminat talebinde bulunmuştur. Ancak Ofis'in başvuru, tedavi gördüğü klinikten tıbbi kayıtlarını istemesi üzerine bel ağrılarında iş kazası değil, kürtajın neden olduğu anlaşılınca talebi reddedilmiştir. Başvuru tıbbi kayıtlarının paylaşılmasının m.8'in ihlali olduğunu iddia etmiştir; ancak AIHM, başvuru, samimi olmayan davranışını dikkate alarak devletin ekonomik menfaatlerinin gözetilmesi için yapılan müdahalenin demokratik bir toplumda ölçülü ve gerekli olduğuna karar vermiştir. Nitekim ihlale konu olay AB üyesi ülkelerde henüz yürürlüğe girmiş GDPR açısından da incelenirse, m.9/2(b)'ye göre sağlıkla ilgili veriler; veri sorumlusu ya da veri sahibinin çalışma, sosyal güvenlik ve sosyal güvenlik hukukuna ilişkin yükümlülükleri gereğini yerine getirmek amacıyla yönelik şekilde, veri sahibinin hak ve menfaatlerini gözeterek kaydedilebilecektir. Ancak bu işleme yahut kayıt; AB, AB üyesi devletin hukuku, ya da AB üyesi devletin hukukuna uygun bir kolektif sözleşme ile öngörülmüş olmalıdır. Dolayısıyla tıbbi kayıtların, devletin sosyal güvenlik ve sağlık hizmetlerinin maliyetini karşılaması bakımından bu durumda sağlık verilerine ve özel hayatın gizliliğine ilişkin koruma ihlal edilmiş olmamaktadır.

5510 sayılı Genel Sağlık Sigortası Kanunu m.78'de de tüm sağlık hizmeti sunucularına sağlık hizmeti sunduğu kişilere ait sözleşmede yer alan bilgileri elektronik ortamda yahut yazılı olarak Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı'na bildirme yükümlülüğü yüklediğinden bu, hasta mahremiyetini ihlal etmemektedir.

<sup>96</sup> Application No. 20837/92.

## 6. Kamu Güvenliği

Bir fiilin mahremiyet hakkına müdahale oluşturup oluşturmadığı, kişinin içinde bulunduğu sosyal çevre de dikkate alınarak değerlendirilmelidir.<sup>97</sup> Örneğin aynı ortamda bulunma zorunluluğu bulunan tutuklu, mahkûm, askerlerin özel hayat alanı korumasından yararlanan faaliyet ve verileri daha sınırlı olabilecektir.<sup>98</sup> Türk hukukunda hükümlü ve tutuklu muayeneleri Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük<sup>99</sup> ve 19.08.2011 tarihli Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetim, Dış Koruma, Hükümlü ve Tutukluların Sevk ve Nakilleri İle Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesi Hakkında Protokol uyarınca yapılmaktadır. Tüzük'ün 38. maddesince ceza infaz kurumu müdürlüğü bulunan yerlerdeki hastanelerde firar tehlikesine karşı muhafazalı muayene odaları yapılacaktır. Jandarma muayene sırasında odada bulunmayacak ve firar ihtimaline karşı gerekli tedbirleri alacaktır. Ancak doktorun yazılı talebi ile jandarma muayene sırasında odada bulunabilecektir. Muhafazalı muayene odalarının bulunmadığı kurumlarda ise jandarma doktorun istemi olmaksızın muayene odasında bulunacak<sup>100</sup> ve doktorla hasta arasında geçecek konuşmaları duyamayacak uzaklıkta bulunarak gerekli tedbirleri alacaktır Kanaatimizce muayene odalarının fiziksel ortamı bilindiğinden jandarmanın odada bulunması hasta mahremiyeti bakımından sakıncalı olup olası işkence yahut kötü muamele iddialarına karşı mahkûm ya da tutuklunun durumu doktora açıklamasında çekinmesine yol açabileceğinden bir an evvel muhafazalı odalar ülke çapında yapılmalıdır.

## B. KONSÜLTASYON

Hekimin bir tıbbi müdahale ile ilgili olmak üzere konsültasyona başvurması halinde başka bir hekime hastanın durumuna ilişkin bilgi

<sup>97</sup> Keklik, s.45.

<sup>98</sup> Keklik, s.46.

<sup>99</sup> Resmi Gazete Tarihi: 6.4.2006, Resmi Gazete Sayısı:26131.

<sup>100</sup> Jandarmanın muayene odasında bulunduğu bir ihlal olarak bkz. Y.F. v Türkiye başvurusunda terör suçu nedeniyle gözaltında bulunan kadın şüphelinin genital muayenesi yapılmıştır. Muayene esnasında polis de muayenenin yapıldığı odada perdenin arkasında bulunmuştur. Başvuruya konu olayın gerçekleştiği dönemde genital muayene kolluk güçleri pratiği olarak yapıldığından kanunilik şartı yerine getirilmemiştir ve ayrıca muayene odasında erkek kolluk görevlilerinin de bulunması nedeniyle AİHM tarafından m.8'in ihlal edildiği sonucuna varılmıştır (Application no.24209/03).

aktarımı hastanın mahremiyet hakkı ve hekimin sır saklama yükümlülüğünün ihlali oluşturmaz.<sup>101</sup> Ancak hekim herhangi bir konsültasyon gereksinimi bulunmaksızın, hastanın tedavisi ile ilgisi bulunmayan bir kişiyle hastanın kişisel verilerini paylaşmışsa ne olacaktır? Tıbbi olarak gereken bir konsültasyon durumunda pek tabii hekim, hastanın tedavisi için gereken sağlık verilerini veyahut diğer elzem kişisel verilerini konsültan hekim ile paylaşabilecektir, ancak hekimin sır saklama yükümlülüğünün de nazara alınması gerekmektedir. *Hakeri'* nin de belirttiği üzere hekimin sır saklama yükümlülüğü yalnız hastane dışındaki üçüncü kişilere yönelik olmayıp hastane idaresi ve idari personele karşı da bulunmaktadır. Bu çerçevede hasta dosyasının ve hastane içi yazışmalarının tümünün, idareye verilmesine ilişkin bir talimat mahremiyet hakkını ihlal edecektir ve de bu durum ayrıca hukuka aykırı olduğundan hekimin gibi TCK m.136 çerçevesinde cezai sorumluluğunu doğuracaktır.<sup>102</sup>

## C. HASTA MAHREMİYETİ HAKKI VE CEZA HUKUKU İLİŞKİSİ

### 1. Sağlık Mesleği Mensubunun Suçu Bildirme Yükümlülüğü

TCK m.280 sağlık mesleği mensubunun görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği belirtisi ile karşılaşmasına rağmen, durumu yetkili makamlara bildirmemesini veya bunda gecikme göstermesini suç olarak düzenlemiştir.<sup>103</sup> Yani sağlık mesleği mensubunun hasta mahremiyetini ve sağlık verilerinin gizliliğini ihlal etmesi esasen TCK bağlamında

<sup>101</sup> Yılmaz, s.110.

<sup>102</sup> Hakan Hakeri, "Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme (Sır Saklama Yükümlülüğünün İhlali) Suçu", Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu, Mersin Barosu Yayını, Mersin, 2009, s.129.

<sup>103</sup> (1) Görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşmasına rağmen, durumu yetkili makamlara bildirmeyen veya bu hususta gecikme gösteren sağlık mesleği mensubu, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Sağlık mesleği mensubu deyiminden tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler anlaşılır; Bu suç tipi 765 sayılı TCK'da da düzenlenmiş olup kabahat olarak vasıflandırılmıştı. Nitekim bildirim yükümlülüğünün kapsamı da 5237 sayılı TCK'da sağlık mesleği mensubunun görevi ile bağlantılı tüm suçlar için 765 sayılı TCK'da yalnız şahıslara karşı işlenmiş cürümler bakımındandı. Ayrıca sağlık mesleği mensuplarının bildirimde bulunmaları kendilerine yardım ettikleri kimseyi takibata maruz bırakacaksa ihbarda bulunmamanın suç teşkil etmeyeceği düzenlenmişti.

belirtilen suçları gündeme getirmeli iken; bu suç tipinin varlığı ile sağlık mesleği mensubunun bu fiili, kanun hükmünü icra hukuka uygunluk nedeninden yararlanarak suç teşkil etmeyecektir.

Bu suç tipi; suçun aydınlatılması, hukuk barışı ve kamu yararı gerçekleşmesi amaçlarına hizmet etmektedir.<sup>104</sup> Yani bir hukuk düzeninde suç teşkil eden fiillerin resmi makamlara bildirilmesinde bireyler ve toplum yönünden önemli faydalar olmakla<sup>105</sup> beraber hasta mahremiyeti ve sağlık mesleği mensubunun sır saklama yükümlülüğü bakımından sakıncalı bir düzenlemedir.<sup>106</sup> Söz gelimi çalışma izni bulunmayan kaçak bir göçmen çalıştığı esnada çatıdan düşmesi üzerine hastaneye kaldırılır ve beyin kanaması geçiren işçiye tedavi uygulanır ve detaylı tetkikler için müşahade altında bulundurulması gerekir. Ancak hekim hastaya kaçak yollarla ülkeye giriş yaptığı için otoritelere durumu bildireceğini belirtir. Bunun üzerine hasta ileri tedavi uygulanmasını kabul etmeyip hastaneyi terk eder.<sup>107</sup>

Bu örnek nezdinde suçun aydınlatılmasına yönelik kamu yararı ile sağlık mesleği mensubuna başvuran hastanın yaşamı ve beden bütünlüğünün korunmasına ilişkin yarar arasında denge bulunmadığı anlaşılmaktadır. Zira hastanın ihbar edileceği korkusu ile sağlık hizmetine başvurmaktan imtina etmesi, yaşam hakkının korunması için devlete yüklenen pozitif yükümlülük ile de bağdaşmamaktadır.<sup>108</sup>

<sup>104</sup> Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku,16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s.1153.

<sup>105</sup> Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükmüler,12. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s.1030.

<sup>106</sup> Bu görüşte diğer yazarlar için Bkz. Bahri Öztürk/Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Özge Sırma Gezer/ Yasemin F.Saygılar Kırıt/Esra Alan /Özdem Özaydın/Efser Erden Tütüncü /Derya Altınok Villemin/Mehmet Can Tok, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2018, s.308.

<sup>107</sup> Maya Peled-Raz, Human Rights in Patient Care and Public Health- A Common Ground, Public Health Reviews, 38:29, 2017, s.7 (Çevrimiçi) <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5810084/> 17.11.2018.

<sup>108</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s.1256; Yazarlar TCK m.280'nin mevcudiyetini devletin yaşam hakkının korunması bakımından pozitif yükümlülüğü ile bağdaştırmayıp ilga edilmesi gerektiğini belirtmişlerdir. Yahut en azından sağlık mesleği mensubunun bu bildirim yükümlülüğüne, şüphelinin sağlık hizmetine başvuran kişi olması halinde istisna getirilmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Aynı doğrultuda bkz: Hakeri, Tıp Hukuku, s.1256; Koca/Üzülmez ise bildirim yükümlülüğü gerektiren suçun takibinin şikâyete bağlı olup olmadığı gözetilmeksizin böyle bir yükümlülüğün öngörülmesi, bazı suçların şikâyete tabi olmasının arkasındaki

Bu suçun gündeme gelebilmesi için sağlık mesleği mensubunun bir suça ilişkin belirti ile karşılaşması gerekmektedir. Sağlık mesleği mensubuna hastaya yönelik tıbbi müdahalede bulunmanın ötesinde belirtinin suç ürünü olup olmadığını mülhaza etmesi, kriminal durumuna ilişkin değerlendirmeler yapması, hastanın hasta kimliğinin geriye atılmasına neden olmaktadır.<sup>109</sup>

### a. Karşılaştırmalı Hukukta Durum

Alman hukukunda hekimin suçu bildirme yükümlülüğü yalnız ağır bazı suçlarda gündeme gelmektedir. Yükümlülüğün gündeme geldiği başlıca hallere basit ve nitelikli adam öldürme suçları, soykırım suçu, tehdide dayalı insan yağması suçu, rehin alma suçu, terör örgütü aracılığıyla hava nakil aracına saldırı suçu örnek verilebilir. Ayrıca Enfeksiyon Kanunu, Nüfus Sicili Kanunu, Sosyal Kanun ve Organ Nakli Kanunu'nda da hekimin ihbar yükümlülüğü bulunmaktadır.<sup>110</sup>

Avusturya hukukunda ise hekimin sır saklama yükümlülüğü bulunmakla birlikte mesleğinin icrası sırasında, hastanın cezalandırılabilir bir hareketle bir insanın ölümüne veya yaralanmasına sebebiyet vermiş olmasından şüphe etmesi ve bildirmedeki yararın gizli tutmadaki yarardan daha üstün olması halinde suçu bildirme yükümlülüğü altında olduğu öngörülmüştür. Ağır yaralanma olaylarında hekim, bildirim hasta ile arasındaki güven ilişkisini zedeleyecek ise bildirimde bulunmayabilir. Hekimin menfaatler arası değerlendirme yapmasını gerektirmeksizin bildirim yükümlülüğünün yasadan doğduğu hal ise kendi menfaatini koruyamayan bir çocuk veya herhangi bir kişinin huzuruna yönelik devam eden ağır bir tehlike halidir. Hekime Avusturya hukukunda bildirimde bulunma yükümlülüğü yüklenmekle beraber TCK m.280'nin aksine sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmeme suçu biçiminde ayrı bir suç tipi bulunmamaktadır.<sup>111</sup> İtalyan

gaye ile bağdaşmadığını savunmuşlardır (Koca/Üzülmez, s.989.); Artuk/Gökçen/Yenidünya da hekimin sır saklama yükümlülüğü ve CMK m.46'daki tanıklıktan çekinme hakkının varlığı karşısında bu suç tipinin mevcut olmasını çelişkili bulmuştur. (Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.1031)

<sup>109</sup> Yavuz Erdoğan, "Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmeme Suçu", Legal Hukuk Dergisi, Cilt:7, Sayı.76, Nisan 2009.s.1112.

<sup>110</sup> Yener Ünver, Adliye Karşı Suçlar, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010, s.272.

<sup>111</sup> Hamide Zafer, "Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmeme Suçu (TCK 280)",

Ceza Kanunu'nda ise sağlık mesleği mensubu görevini ifa ettiği sırada bir suç işlendiğini öğrendiğinde adli makamlara durumu gecikmeksizin bildirmekle yükümlüdür, ancak bildirim yapacağı suçun resen kovuşturulan bir suç olması gerekmektedir.<sup>112</sup>

## 2. Sağlık Mesleği Mensubunun Tanıklıktan Çekinmesi

CMK kapsamında sağlık mesleği mensuplarının mesleki uğraşları nedeniyle tanıklık yapma yükümlülüğü bulunmamaktadır. CMK m.46/1-b ile hekimler, diş hekimleri, eczacılar ve tüm sağlık mesleği mensuplarının bu sıfatları dolayısıyla hasta ve bunların yakınları hakkında öğrendiği bilgilere ilişkin tanıklıktan çekinebileceği düzenlenmiştir. Tanıklık yapmaya çağrılan sağlık personeli; hastaya ilişkin sağlık verisini açıklayarak maddi gerçeğe ulaşılmasına ilişkin kamusal yarar ile hasta mahremiyetine ilişkin kişilerdeki güvenin çatışması arasında kalacaktır<sup>113</sup> ve buna mahal vermemek için bu minvalde bir hüküm ihdas edilmiştir. Ancak bu hüküm, mutlak bir çekinme hakkı tanımadığından sır sahibinin muvafakati ile tanıklık yapmak mümkündür. Tanıklıktan çekinme halinin bulunması ve sır sahibi hastanın da muvafakatinin bulunmaması halinde hekimin tanıklık yapması halinde, hekim kişisel verilerin açıklanması suçunu işlemiş olacaktır.<sup>114</sup> Hasta ve sağlık mesleği mensubu arasındaki güven ilişkisinin korunması maksadıyla tanıklıktan çekinme konusunda bu hüküm ihdas edilmiştir. Böylece yalnız bireyin değil, kamunun yararı da korunmaktadır.<sup>115</sup>

## IV. SONUÇ

Hasta mahremiyeti hakkı, uluslararası hukukta özel hayata saygı gösterilmesi hakkı bünyesinde mündemiç olup tıp hukukundaki yeni gelişmelere paralel olarak ikincil mevzuatta başlı başına bir hak olarak tanınmıştır. Bu hakka saygı gösterilmesi herkesten beklenmekle birlikte hasta ile doğrudan teması olan başta hekim olmak üzere sağlık

---

*İÜHFİM*, Cilt 71, Sayı 1, 2013, s.1330.

<sup>112</sup> Ünver, s.272.

<sup>113</sup> Sabine Michalowski, *Medical Confidentiality And Crime*, Ashgate, UK, 2003, s.62.

<sup>114</sup> Hakeri, "Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme (Sır Saklama Yükümlülüğünün İhlali) Suçu" s.127.

<sup>115</sup> Öztürk vd., s.307.

mesleği mensubu olduğundan kanun koyucu tarafından özel olarak buna aykırılık hukuki ve cezai yaptırıma bağlanmıştır.

Hasta mahremiyeti hakkı, teknolojinin gelişmesi ile insan onuru ve kişilik hakları yeni saldırılara maruz kaldığından daha incelikli bir korumaya muhtaçtır. Bundan bahisle meslek ve sanatının icrası gereği bir sır vakıf olan sağlık mesleği mensubunun hasta sırrını ifşa etmesi, meslek sırrının korunmasına atfedilen önem gereği 765 sayılı TCK'daki gibi bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmelidir.

Sağlık verileri, özel nitelikli kişisel veri olarak tasnif edilmiştir ve bu verilerin korunması da daha incelikli bir koruma gerektirmektedir. Sağlıkta dijitalleşme döneminin yaşandığı çağımızda teknolojinin imkânlarından faydalanılarak bu korunma ve güvenlik ihtiyacı blockchain adı verilen sistemden de yararlanılarak gerçekleştirilmelidir.

Sağlık mesleği mensubunun sır saklama yükümlülüğü bulunmakta iken; TCK m.280 sağlık mesleği mensubuna suçu bildirmemesi halinde cezai yaptırıma maruz kalacağını düzenlemiştir. Bu suç tipi 765 sayılı TCK'da kabahat olarak mevcut bulunmaktaydı. 5237 sayılı TCK'da suçların kabahatleştirilmesi eğilimi mevcutken kanun koyucunun 280. madde ile sır saklama yükümlülüğü muhatabı sağlık mesleği mensubuna hürriyeti bağlayıcı ceza gerektiren yaptırımı gündeme getirmesi isabetsizdir. Sağlık verilerinin TCK m.135 ve devamı hükümlerin yararlandığı korumadan yararlanacağı düzenlenmiş olup suçun kamu görevlisi veya belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanarak işlenmesi daha fazla cezayı gerektiren hal olarak düzenlenmiş; ancak öte yandan bu tür verilere ulaşan sağlık mesleği mensubunun suç da teşkil ediyorsa bunu ihbarla yükümlü olması ve buna aykırılığın cezai yaptırım gündeme getirmesi kanaatimizce kanun koyucunun çelişkisidir.

### Kaynakça

- Akyürek Güçlü, *Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu*, 2.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Kasım 2013.
- Artuk Mehmet Emin, Gökçen Ahmet, Yenidünya Caner, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 12. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.
- Aydın Murat, "Tıbbi Müdahalelerde Mahremiyet ve Ceza Sorumluluğu", I. Uluslararası Katılımlı Ulusal Tıp Hukuku Kongresi (Vaka Tartışmalı), Ed. Hakan Hakeri, Cahid Doğan Legal Yayınevi, İstanbul, 2016, s.109-121.

- Aydın Nizamettin, "Tıp Ceza Hukukunda Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme ve Ele Geçirme Suçu (TCK m.136)", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 21, Sayı 2, 2013, s.7-30.
- Badur Emel, "Hastanın Özel Yaşamına Saygı Gösterilmesini Talep Hakkı", *Erzurum-luoğlu Armağanı*, Ed. Emel Badur, Ankara Barosu, 2012, s.99-122.
- Başalp Nilgün, *Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2004.
- Bruynseels Koen, van den Hoven Jeroen, "How to Do Things with Personal Big Biodata", *Social Dimensions of Privacy Interdisciplinary Perspectives*, Ed.Beate Roessler/Dorota Mokrosinska, Cambridge, UK, 2015.
- Calman Neil Pfister, Helen R., Lesnewski Ruth, Hauser Diane, Shroff Nandini, "Electronic Access to Adolescents' Health Records: Legal, Policy and Practice Implications", *Family Practice Management*, Mart/Nisan 2015, Çevrimiçi [www.aafp.org/fpm](http://www.aafp.org/fpm) (11.07.2019).
- Davis Howard, *Human Rights Law*, 3. Baskı, Oxford University Press, UK, 2013.
- Demir Mehmet, *Hekim ve Hastane Yönünden Tıbbi Sorumluluk Hukuku*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- Dülger Murat Volkan, "Blockchain ve Hukuksal Kullanım Alanları", *H+ Dergi*, 2019, s.42-47.
- Dülger Murat Volkan, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, Hukuk Akademisi, İstanbul, 2019.
- Dülger Murat Volkan, "Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve Türk Ceza Kanunu Bağlamında Kişisel Verilerin Ceza Normlarıyla Korunması", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3(2), Güz 2016, s.101-167.
- Dülger Murat Volkan, "Sağlık Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması ve Hasta Mahremiyeti", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1 (2), 2015, s.43-80.
- Erdoğan Yavuz, "Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmeme Suçu", *Legal Hukuk Dergisi*, Cilt:7, Sayı:76, Nisan 2009, s.1103-1113.
- Gökcan Hasan Tahsin, "Hasta Haklarının Bireysel Başvuru Yoluyla Korunması", *Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları*, Editörler: Özge Yücel/Gürkan Sert, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s.155-189.
- Hakeri Hakan, *Tıp Hukuku*, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2015.
- Hakeri Hakan, "Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme (Sır Saklama Yükümlülüğünün İhlali) Suçu", *Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu*, Mersin Barosu Yayını, Mersin, 2009.
- Herring Jonathan, *Medical Law and Ethics*, 5. Baskı, Oxford University Press, UK, 2014.
- Keklik Ramazan, *Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010.
- Koca Mahmut, Üzülmez, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- Michalowski Sabine, *Medical Confidentiality And Crime*, Ashgate, UK, 2003.

- Murat Mehmet, Blockchain ile Güvenli Elektronik Sağlık Sistemi (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Teknik Üniversitesi Bilişim Enstitüsü, 2018.
- Özkan Feray, Kişisel Sağlık Verilerinin Korunmasının Pozitif Temelleri ve AİHM Kararlarından Örnekler (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018.
- Öztürk Bahri, Tezcan Durmuş, Erdem Mustafa Ruhan, Gezer Özge Sırma, Saygılar Kırıt Yasemin F., Alan Akcan Esra, Özaydın Özdem, Erden Tütüncü Efsar, Altınok Villemin Derya, Tok Mehmet Can, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2018.
- Peled-Raz, Maya, Human Rights in Patient Care and Public Health- A Common Ground, *PublicHealthReviews*,38:29,2017,(Çevrimiçi) <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5810084/> 17.11.2018.
- Polater Yusuf Ziya, Türk Hukukunda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.
- Sert Gürkan, "Hasta Hakları", Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, Editörler: Özge Yücel/ Gürkan Sert, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s.125-153.
- Sert Gürkan, Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Açısından Sağlık Hizmetlerinde Mahremiyet Hakkı Kavramı, Marmara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, İstanbul, 2007.
- Tezcan Durmuş, Erdem Mustafa Ruhan, Önok Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- Ünver Yener, Adliye Karşı Suçlar, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010.
- Voigt Paul, von dem Bussche Alex, The EU General Data Protection Regulation (GDPR) A Practical Guide, Springer, 2017.
- Yılmaz Sabire Sanem, Tıp Alanında Kişisel Verilerin Açıklanması Suçu, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- Zafer Hamide, "Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmeme Suçu (TCK 280)", *iÜHFİM*, Cilt 71, Sayı 1, 2013, s.1327-1352.

